

european constitutionality review

revus

revija za evropsko ustavnost

Ljubljana, junij 2010

VSEBINA

- 7** Uvodnik
Andrej Kristan

USTAVNO PRAVO EVROPSKE UNIJE

- Armin von Bogdandy
13 Temeljna načela prava Unije
Ustavno-teoretični in dogmatični oris

- Armin von Bogdandy
35 Founding Principles of Union Law
A Theoretical and Doctrinal Sketch

SODNO PRAVOTVORJE

- Vittorio Villa
57 Pragmatično usmerjeni nauk o pravnem razlaganju

Vittorio Villa
89 A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation

REVUSOV KANON

- Eugenio Bulygin
121 Sodba in ustvarjanje prava

PRIMERJALNO USTAVNO PRAVO

Avstrija in Nemčija

András Jakab

- 137** Dvije suprotstavljene paradigme kontinentalnoeuropskog ustavnopravnog mišljenja: Austrija i Njemačka

Litva, Latvija, Estonija in Slovenija

Tadej Dubrovnik

- 165** Sistem volitev in pristojnosti predsednika republike v baltičkih državah in v Sloveniji

TUJA USTAVNOPRAVNA KRONIKA

Francija

Xavier Aurey, Aurore Catherine, Anne-Sophie Denolle, Marie Rota, Antoine Siffert, Vincent Souty

- 179** Hronika francuske ustavne prakse

Januar 2009.–decembar 2009.

Xavier Aurey, Aurore Catherine, Anne-Sophie Denolle, Marie Rota, Antoine Siffert, Vincent Souty

- 195** Chronique de jurisprudence constitutionnelle française

Janvier 2009 – décembre 2009

- 213** ANGLEŠKI POVZETKI, KLJUČNE BESEDE, SEZNAMI NAVEDENK IN PREDSTAVITEV AVTORJEV

TABLE OF CONTENTS

- 7 Foreword
Andrej Kristan

CONSTITUTIONAL LAW OF THE EUROPEAN UNION

Armin von Bogdandy

- 35 Founding Principles of Union Law
A Theoretical and Doctrinal Sketch

JUDICIAL LAW-MAKING

Vittorio Villa

- 89 A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation

REVUS'S CANON

Eugenio Bulygin

- 121 Judicial Decision and Creation of Law

COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW

Austria and Germany

András Jakab

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

Lithuania, Latvia, Estonia and Slovenia

Tadej Dubrovnik

165 System of Elections and Powers of a President of the Republic in Baltic States and in Slovenia

CONSTITUTIONAL LAW CHRONICLE

France

Xavier Aurey, Aurore Catherine, Anne-Sophie Denolle, Marie Rota, Antoine Siffert, Vincent Souty

195 French Constitutional Law Chronicle

January 2009–December 2009

213 ENGLISH SYNOPSES, KEYWORDS, REFERENCES AND AUTHORS' SHORT BIOGRAPHIES

Uvodnik

Sodišču čast in vpliv

Pomembnost ustavnopravnega vprašanja in legitimnost odločanja v preizkusnih senatih po ZUstS in ZUstS-A

Predsednik ustavnega sodišča je v teh dneh prepričano ponovil, »da so predlagane ustavne spremembe nujne in strokovno utemeljene. Pomisleki posameznih pravnikov v zvezi s tem pa so po njegovem posledica nepoznavanja ali nerazumevanja pomena delovanja US.« (Lucija Dimnik, Pozivi k spremembam ustave: Obremenitev ustavnega sodišča na meji obvladljivega, časnik *Dnevnik*, 8. julij 2010). Takšni ugotovitvi sam (tudi eden od pomisličarjev) spoštljiveje ugovarjam, in to verjetno z istim ciljem kot predsednik – naj gresta sodišču čast in vpliv.

Predsednik govori o spremembah, ki se nanašajo na delovanje ustavnega sodišča in (po predlogu močno omejeni) dostop posameznikov do pravice na Beethovnovi 10. Čeprav je predlog utemeljevan, pa mu veliko manjka, da bi bil tudi utemeljen.

Po pravilih etike diskurza mora namreč – preden se prepričani preštejejo – vsak protiargument dobiti odgovor. Razpravo se zaključi šele v točki, ko doseže same temelje razlik v pogledih (zato se govori o utemeljenosti). In kdaj je to? Ko se argumenti izčrpajo; ko pridemo do vprašanj, na katere ena in druga stran lahko odgovorita le še z ja in ne. Takrat šele – po igri etike diskurza – na vrsto stopi preštevanje prepričanih. Pred tem pa – ne glede na njihovo število – po pravilih igre vodi tista stran, ki je podala zadnji argument (ali ugovor), na katerega nasprotniki zaradi takšnih ali drugačnih razlogov ne dajo odgovora.

V strokovni razpravi o spremembah (ta je zavezana omenjeni igri diskurza in ne preštevanju glasov) je ostalo neodgovorjenih nekaj ključnih argumentov proti predlagani ureditvi. Zato predsednik nima prav. Tu bom omenil samo enega od preslišanih ugovorov. Ob reformah pokojninskega sistema ali davkov smo se že navadili, da so na mizi poprej vsi izračuni in simulacije dveh, treh modelov. V razpravi o spremembi ureditve ustavnosti pa tega ni kljub več razčlenjenim opozorilom (glej npr. Revus (2009) 9), da je to potrebno.

S kakšnim premislekom bi se bilo treba lotiti primerjave dveh različnih ureitev, bom tu primeroma nakazal z osvetlitvijo dela v enem od tistih prostorov ustavnosti, ki mu je bila doslej namenjena vse preveč površinska obravnava. Gre za preizkusni senat ustavnega sodišča; za vprašanje legitimnosti njegovih odločitev pred in po spremembi ZUstS ter za vsebino in obliko argumentov, ki jih je (kot utrjujem spodaj) v tem prostoru (ne)pravilno uporabljati.

Že preden je prišlo do zadnje spremembe Zakona o ustavnem sodišču (ZUstS-A, *Uradni list RS*, št. 51/2007) – ta je mdr. merilo »pomembnega pravnega vprašanja« (stari ZUstS, 55. člen, drugi odstavek, *Uradni list RS*, št. 15/1994) zamenjala z merilom »pomembnega ustavnopravnega vprašanja« (novi ZUstS-UPB1, 55.a člen, tretji odstavek, in 55.b člen, drugi odstavek, *Uradni list RS*, št. 64/2007) –, so sodniki v svoji praksi na Beethovnovi 10 v več kot 150 zadevah ponovili isti odstavek:

»Treba je upoštevati, da od Ustavnega sodišča glede na to, da je njegova pristojnost v postopku ustavne pritožbe omejena na presojo kršitev človekovih pravic ali temeljnih svoboščin (50. člen ZUstS), ni mogoče pričakovati rešitve vseh pomembnih pravnih vprašanj, pač pa le pravnih vprašanj ustavnopravnega pomena.«

Glede na iskalnik ustavnosodne prakse na spletišču www.us-rs.si je takšna odločitev nemara prvič zapisana kar v Sklepu Up-490/01 z dne 18. 12. 2002, *Uradni list RS*, št. 11/2003. To je sklep preizkusnega senata sodnic Krisper Krambergerjeve in Wedam Lukičeve ter sodnika Tratnika.

Senat pritožbene zadeve ni sprejel. Zato je bila po takratni zakonski ureditvi zadeva v skladu z določbo četrtega odstavka 55. člena starega ZUstS predložena še drugim sodnicam in sodnikom ustavnega sodišča. Ker se za sprejem niso izrekli trije sodniki, ustavna pritožba tudi z drugim sitom ni bila prestrežena in s tem sprejeta v obravnavo. Kljub temu je senatna razlaga iz zgoraj navedenega odstavka (z njo so nedvomno širše pomensko polje zakonske določbe ustavnosodno skrčili) dobila vpliv, ki se v tem primeru kaže v ponavljanju taistega odstavka. V tokratni številki *Revusa* o vplivnosti (in razlikovanju te lastnosti opredelitev ali norm od njihove veljavnosti, obveznosti, učinkovitosti itd.) piše Eugenio Bulygin, eden glavnih pravoslovcev tega časa, v kanonični razpravi *Sodba in ustvarjanje prava* (1966).

Velik delež institucionalne legitimnosti, s katero se tako sprejeta senatna razlaga ponaša (o razliki med razpravno legitimnostjo in institucionalno legitimnostjo glej *Revus* (2008) 7, 51–89; www.revus.eu), izvira iz že omenjene določbe četrtega odstavka 55. člena starega ZUstS, ki je očitno pomenila pomembno varovalo. Zaradi tega varovala vsebinske odločitve, s katerimi sodniki prerazlagajo ustavnopravna merila in pojme, namreč niso mogle biti sprejete, ne da bi vsaj z opustitvijo, če že ne s strinjanjem, vanje privolila sedem devetinska (!) večina vseh ustavnih sodnikov. ZUstS-A je to varovalo odpravil.

Tako se po zdaj veljavni ureditvi zadevo predloži v preizkus še drugim sodnicam in sodnikom ustavnega sodišča le v primeru, da tričlanski senat ni so-

glasen (55.c člen novega ZUstS, tretji odstavek). Drugače kot po stari ureditvi (četrty odstavek 55. člena starega ZUstS) se torej s soglasno odločitvijo senata o zavrženju pritožbe postopek njenega preizkusa brez odloga zaključí.

S takim soglasnim zavrženjem (morda celo tri devetinske manjšine) pa sodniki včasih pomembno prerazlagajo tudi tiste predpostavke, ki bistveno (so)določajo zakonske pogoje za sprejem ustavnih pritožb: kaj je pomembno pravno vprašanje, kdo je upravičeni vlagatelj, kaj je hujša posledica in podobno. Zato se postavljata vprašanji, ali je primerno in ali je pravilno, (a) da so pomembne vsebinske odločitve, s katerimi se prerazlagajo (takšna) ustavnopravna merila in pojmi, lahko s soglasjem (glej 55.c člen novega ZUstS) sprejete že v ožji, tričlanski senatni sestavi ustavnega sodišča, ali pa (b) bi morali preizkusni senati tudi v primeru senatnega soglasja tovrstne odločitve kot pomembna ustavnopravna vprašanja načrtno pripuščati k obravnavi pred celotnim ustavnosodnim zborom (devetih) sodnikov.

Vprašanje primernosti (tj. ustrezne stopnje institucionalne legitimnosti) je vprašanje za filozofijo prava in države; k temu se vrnem na koncu. Odgovor na vprašanje pravilnosti pa je odvisen od pomena, ki ga ustava, zakon in ustavnosodna praksa pripisuje jo merilu »pomembnega ustavnopravnega vprašanja«. Na splošno o postopku pripisovanja pomena (ta se ne odvije hipoma in v celoti, ampak po korakih in na več ravneh) v tokratni številki *Revusa* piše Vittorio Villa, Pragmatično usmerjeni nauk o pravnem razlaganju. Posebej pa so pomen, ki ga merilu pomembnega ustavnopravnega vprašanja pripisujejo ustavnosodne odločitve v praksi, strnili v opredelitev sodnik Zobec s sopodpisanimi sodnico Klampferjevo in sodnikoma Deisingerjem in Petričem v ločenem mnenju k zadevi Up-1618/18 z dne 2. 4. 2009:

Pomembnost ustavnopravnega vprašanja, ki presega pomen konkretne zadeve, pomeni »precedenčno vrednost odločbe Ustavnega sodišča, torej novo, dodano vrednost dosedanji ustavnosodni presoji, nov prispevek k normativni konkretizaciji ustavnopravnih pojmov, ki ima temeljni ustavnopravni pomen ali je pomemben za nadaljnji razvoj ustavnštva. Bistvena je torej sporočilna vrednost odločbe (v resnici njenih nosilnih razlogov), ki usmerja, utrjuje, nadgrajuje in dograjuje sistem človekovih pravic.«

Zaradi tega so se podpisani štirje sodniki pri obravnavani zadevi, ki je bila sprejeta na podlagi objektivnega, se pravi precedenčnega kriterija, spraševali po »njenem sporočilu, ki ga prinaša vsem, ustavnštvu zavezanim subjektom, najprej sodiščem.« Vprašali so se: »Katere ustavnopravne misli so tiste, ki dosedanjno ustavnosodno presojo dopolnjujejo, bogatijo in razvijajo ter vnašajo novo kvaliteto v dosedanji sistem razumevanja in varovanja človekovih pravic?«

Brez dvoma je vprašanje meril za sprejem ustavne pritožbe v obravnavo (npr. upravičeni vlagatelj, pravni interes, hujša posledica, pomembno ustavnopravno vprašanje) vprašanje (i) *varovanja človekovih pravic*. Kot tako ima (ii) *temeljni pomen za nadaljnji razvoj ustavnštva*, saj bistveno pogojuje poustavljalne poti v naši pravni ureditvi.

Prav tako verjetno ni sporno, da vsebinskoopolnjevanje pomenskega ogrodja ključnih ustavnopravnih meril za sprejem ustavne pritožbe v obravnavo stopnjuje določnost teh meril – beri: gre za njihovo (iii) *normativno konkretizacijo* (kot s tujko rečejo sodniki) –, s čimer predhodni ustavnosodni praksi nedvomno (iv) *dodaja novo kakovost*.

Ker gre za razlago predpostavk za sprejem pritožb v obravnavo, ta razlaga sodoloča ustavnosodno presojo v bodočih primerih, zato ima očitno tudi (v) *precedenčno vrednost* in (vi) *presega pomen posamezne zadeve*.

Zgornji poudarki (primerjaj jih z navedki ločenega mnenja) utrjujejo sklep, da vsebinske odločitve, ki prerazlagajo ustavnopravna merila in pojme, docela ustrezajo opredelitvi »pomembnega ustavnopravnega vprašanja« iz navedenega ločenega mnenja sodnikov Zobca, Deisingerja, Petriča in sodnice Klampferjeve.

Iz besedila predmetne odločbe Up-1618/08, *Uradni list RS*, št. 35/2009, in omenjenega ločenega mnenja pa ni mogoče jasno razbrati, ali je ta opredelitev med sodniki poenotena ali ne.

Ker gre za odklonilno ločeno mnenje, po katerem sodišče obravnavane zadeve ne bi smelo sprejeti v obravnavo, je po eni strani mogoče sklepati, da je opredelitev pod mnenje podpisanih štirih sodnikov strožja od večinske opredelitve »pomembnega ustavnopravnega vprašanja«. Ker pa navedeni štirje sodniki svojo strnjeno opredelitev uvedejo takole: »Mislim, da ne more biti sporno, da...«, pa je po drugi strani mogoče sklepati, da so si vsi sodniki (ali vsaj večina od njih) v opredelitvi »pomembnega ustavnopravnega vprašanja« enotni in da se v obravnavani zadevi niso strinjali zgolj glede tega, ali življenjski primer, ki je bil pred njimi, spada v ustrezna polja uporabe pojmov iz opredelitve ali ne.

Četudi bi bili sodniški mnenji glede tega v resnici dve, vsebinske odločitve, ki prerazlagajo ključne ustavnopravne pojme, očitno načenjajo to, kar celo po strožji izmed morebitnih dveh opredelitev pomeni »pomembno ustavnopravno vprašanje«.

Če se sodniki v postopkih preizkusa (predvsem pa podpisniki ločenega mnenja iz aprila 2009) ne želijo ujeti v protislovje ali nestanovitnost (to sta v etiki diskurza, ki danes kulturno-civilizacijsko pogojuje sodno odločanje v ustavni državi, dva od temeljnih *faux pas* – v tokratni številki *Revusa* sicer pravno-kulturne temelje ustavnosti za Avstrijo in Nemčijo razgrinja András Jakab, Dvije suprotstavljene paradigme kontinentalnoevropskog ustavnopravnog mišljenja), morajo od trenutka tako jasno zapisane opredelitve »pomembnega ustavnopravnega vprašanja« naprej (pa vse do morebitne spremembe ustavnosodne razlage tega merila) vse tiste primere, v katerih bi z vsebinsko odločitvijo prerazlagali ustavnopravna merila in pojme, nujno pripustiti v obravnavo pred celotnim ustavnosodnim zborom – četudi zato, da pritožbo nato morda zavržejo ali zavrnejo.

Če se sodniki ne želijo ujeti v protislovje ali nestanovitnost (in tega ne želijo, ker sodiščna čast in vpliv danes koreninita izključno v razpravni legitimnosti njihovih odločitev), od aprila 2009 naprej ne morejo več s sklepom v preizkusnem senatu sprejeti vsebinske razlage kakega ustavnopravnega pojma, kot so jo npr. še predlanskega novembra, ko so v dveh zadevah Zavoda za invalidsko in pokojninsko zavarovanje Slovenije odločili, da ni upravičena oseba za vložitev ustavne pritožbe, kdor »je v obravnavanemu primeru v položaju oblastnega organa« (glej sklepa Up-157/08, *Uradni list RS*, št. 108/2008, in Up-3902/07, oba z dne 4. 11. 2008). S to, primeroma navajano odločitvijo, so namreč pomensko polje pojma »upravičena oseba« ustavnosodno utesnili. S takšno okrepitvijo določnosti ustavnopravnega merila je njihova odločitev preseгла pomen posamezne zadeve. Sklepu so naklonili precedenčno vrednost. Poprejšnji ustavnosodni presoji so dodali novo kakovost. Vse to pa zdaj ustreza opredelitvi pomembnega ustavnopravnega vprašanja.

In kaj je tisto, o čemer torej v senatih danes še lahko odločajo?

V preizkusnih senatih je danes pravilno odločati o vprašanjih dokaza (ali se je neko zatrjevano dejstvo zgodilo; npr. izčrpanje pravnih sredstev) in vprašanjih opredelitve dejstev iz preizkušane zadeve (ali določeno dejstvo spada ali ne spada v pomensko polje izraza, ki je uporabljen v dotedaj že ustaljeni ustavnosodni razlagi neke določbe ali opredelitvi predpostavke oz. merila za sprejem zadev v obravnavo), ne pa tudi o vprašanjih razlage oz. opredelitve izrazov: kako naj se razume nek izraz, pojem, neko merilo, ki se pojavlja v uporabljeni normi (glej *Revus* (2009) 9, 108). Prav vprašanja razlage so namreč tista, ki presegajo pomen posamezne zadeve.

Mejo med vprašanji razlage na eni strani in vprašanji opredelitve na drugi je včasih težko razločiti. Zato je ustrezna pozornost še toliko bolj ključnega pomena. Morda največkrat znak, da je meja presežena, daje potreba sodnikov po utemeljitvi (četudi le v kratkem dostavku), ki po obliki predstavlja argument podobnosti (lat. *a simili*, *a pari*), argument večje teže (lat. *a fortiori*) ali argument nasprotja (lat. *a contrario*); tj. sklepanje z enega že odločenega primera na obravnavani primer. S takšnimi argumenti se določnost pomenskega polja izbranega ustavnopravnega merila stopnjuje (tj. gre za njegovo »normativno konkretizacijo«) – kar je, kot danes ve povedati filozofija prava in ustavne države, primerno početi z ustrezno visoko stopnjo legitimnosti (nemara je prav zato normativna konkretizacija skozi ustavnosodno presojo postala eden od znakov pomembnosti ustavnopravnega vprašanja).

V preizkusnih senatih ustavnega sodišča, ki jim v novi ureditvi takšne stopnje institucionalne legitimnosti ni mogoče pripisati, je zato primerno (kot že rečeno pa po zgornji opredelitvi pomembnosti ustavnopravnega vprašanja tudi edino pravilno) odločati le z golimi izpeljevalnimi (tj. deduktivnimi) argumenti: s podvzemanjem (tj. podrejanjem ali subsumpcijo) življenjskega primera k

pravnemu pravilu, izoblikovanemu v kateri od poprejšnjih odločitev, iz katerih je mogoče s sklicem nanje neposredno črpati ustrezno stopnjo (institucionalne in razpravne) legitimnosti. Iz vidika institucionalne legitimnosti so za takšna sklicevanja primerni ob vseh odločbah ustavnega sodišča tudi sklepi, sprejeti po stari ureditvi iz zakona o ustavnem sodišču, ne pa tisti, ki so sprejeti po novi ureditvi. Iz vidika razpravne legitimnosti so za to primerne tiste ustavnosodne odločitve, ki v obrazložitvi odgovarjajo na pomisleke iz pritožbe in ne mimo njih – kot je med drugim neredko tudi v primerih odločb in sklepov s pavšalnimi obrazložitvami.

Andrej Kristan

sourednik Revusa

*Oddelek za pravno kulturo „Giovanni Tarello“,
Pravna fakulteta Univerze v Genovi*

Armin von Bogdandy

Temeljna načela prava Unije

Ustavno-teoretični in dogmatični oris

Prispevek utemeljuje ustavnopravni pristop k proučevanju prava Evropske unije. Ob tem daje avtor posebni pomen temeljnim načelom ustavnega reda EU in pojasnjuje njihove razsežnosti, temelje ter naloge. Pravna načela imajo pomembno vlogo pri urejanju pravnega gradiva v smiselno celoto. Takšno urejanje avtor poimenuje kot pravnodogmatični konstruktivizem. Pri uporabi prava služijo načela kot argumentacijske figure. Z njihovo pomočjo se ohranja in razvija pravna podstat. Razprava pojasni tudi povezovalne vidike načel ter njihov ustavnopravni značaj, ponazori njihov posebni pomen za utemeljitev enotnosti prava Unije z ozirom na njegovo razdrobljenost ter delitev njegovih temeljev na dve pogodbi. Maja Smrkolj in Christian Wohlfahrt sta nudila dragoceno pomoč pri dokončanju tega prispevka, za komentarje pa se avtor zahvaljuje še Jürgenu Bastu, Joche nu von Bernstorffu, Iris Canor, Pedru Cruz Villalónu, Philippu Dannu in Michelle Ever son. Objavljeno besedilo je bilo v nemškem izvirniku ter angleškem prevodu nedavno objavljeno v revijah *Europarecht* 2009/6, 749–768, in *European Law Journal* 16 (2010), 95–111. Iz nemščine ga je za *Revus* v slovenščino prevedla Maja Smrkolj.

Ključne besede: Evropska unija, ustavno pravo, temeljna načela, ustavni nauk, naloge pravne znanosti

1 UVOD

Pravna znanost, ki stremlji k avtonomiji, postavlja v središče temeljna načela. Za raznolikostjo določb in sodb z njimi išče trajnost, znanstveno spoznanje in bistvo, s tem pa tudi svoj disciplinarni *proprium*.¹ Načela EU so zato predmet odličnih komentarjev in priročnikov.² S tem prispevkom pa želimo poglobiti razume-

1 O tem že Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Riga, Hartknoch, 2. izdaja 1787 = izdaja B, 355 in nasl., posebej 358. Podobno v kazenskem pravu Ulrich Sieber, *Die Zukunft des Europäischen Strafrechts – Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 121 (2009), 1–67.

2 Med pestro literaturo primerjaj Ulf Bernitz in Joakim Nergelius (ur.), *General Principles of European Community Law*, Haag, London in Boston, Kluwer Law International, 2000; Xavier Groussot, *General Principles of Community Law*, Groningen, Europa Law. Publishing, 2006;

vaje evropske razprave o načelih kot take. Pojasniti želimo razsežnosti, temelje in naloge evropskih ustavnih načel, predvsem kot temeljnih načel EU (2). V ta namen bomo proučili tudi nedosledno rabo pojma *načelo* v pravu Unije. Navezujoč se na politični akt uzakonitve člena 6(1) Pogodbe o Evropski uniji (krajše PEU) z Amsterdamsko pogodbo, bodo nato kot *temeljna* načela izpostavljena tista pravila primarnega prava, ki zaradi potrebe po legitimaciji javne oblasti določajo legitimacijske temelje Unije in jo s tem *oblikujejo* (3). Končno bo prikazano, da je bila pravno utemeljena že veda o načelih, ki je zajemala tako PEU kot prejšnjo Pogodbo o ustanovitvi Evropske skupnosti (krajše PES) in je tako izhajala iz enotnosti prava Unije, ki je vključevalo tudi pravo Skupnosti (4).

2 O ZNANOSTI O TEMELJIH NAČELIH UNIJE

2.1 Temeljna načela in ustavnopravna znanost

V tem prispevku se *primarno* pravo Unije razume kot *ustavno* pravo Unije, njegova *temeljna* načela pa kot *ustavna* načela. Uporabo kategorije *ustavno pravo* za primarno pravo Unije je zagotovo treba utemeljiti, nenazadnje tudi zaradi neuspeha Pogodbe o Ustavi za Evropo. Kljub temu pa pravoznanstvena obravnava ne potrebuje blagoslova politike; vladajoče telo kot tako ne more veljavno in dokončno odločiti o vprašanju, ali imajo Pogodbe, na katerih temelji Unija, »ustavni značaj«. ³ Poleg tega je to, kar naj bi po mnenju Evropskega sveta opredeljevalo »ustavni koncept«, za pravno znanost komaj kakšnega pomena. Glede na zaključke Evropskega sveta naj bi bil namreč ustavni koncept Ustavne pogodbe v »razveljavitvi vseh obstoječih pogodb in njihovi nadomestitvi z eno-

Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Ricardo Gosalbo Bono, *The Development of General Principles of Law at National and Community Level*, v Rainer Schulze in Ulrike Seif (ur.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, 99–142. Z vidika ustavnih načel že Bengt Beutler, Art. 6, v Hans von der Groeben in drugi (ur.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Baden-Baden, Nomos, 2003; Christian Callies, Art. 6 EU, v Christian Callies in drugi (ur.), *EUV/EGV*, München, Beck, 2007; Meinhard Hilf in Frank Schorkopf, Art. 6 EU, kakor tudi Ingolf Pernice in Franz Mayer, Nach Art. 6 EU, oboje v Christoph Grabitz in drugi, *Das Recht der EU*, München, Beck, stanje maj 2008; Stelio Mangiameli (ur.), *Lordinamento Europeo: I principi dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2006; Joël Molinier (ur.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Pariz, Presses Universitaires de France, 2005; Hartmut Bauer in Christian Callies (ur.), *SIPE 4: Verfassungsprinzipien in Europa*, Atene, Sakkoulas, 2008.

3 Evropski svet z dne 21./22. junija 2007, Sklepi predsedstva (11177/1/07 REV 1), priloга I: Mandat za medvladno konferenco, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/94935.pdf (5. junij 2005). O razlikah med Ustavno pogodbo iz leta 2004 in Lizbonsko pogodbo Grainne de Burca, General Report, v Heribert Franz Köck in drugi (ur.), *Preparing the European Union for the Future, FIDE XXIII Congress Linz 2008*, Baden-Baden, Nomos, 2008, 385–406, 391 in nasl. Armin Hatje, *Der Vertrag von Lissabon, Neue juristische Wochenschrift* (2008) 25, 1761–1768.

tnim besedilom, imenovanim 'Ustava'.⁴ V skladu s takšim pojmovanjem ne bi imeli ustave niti Nemčija (nem. *Grundgesetz*, temeljni zakon) niti Avstrija,⁵ a si nihče ne drzne trditi, da ti dve državi nimata ustave. Prav tako nihče izmed pomembnih igralcev ne dvomi v načelno pravilnost sodne prakse Sodišča EU, ki je značaj „ustavne listine“ pripisalo že PES.⁶

Pravoznanstvene pristope, kakršen je ustavnopravni pristop k obravnavi prava Unije, je treba oceniti na podlagi znanstvenih argumentov. Uporabo ustavnopravnega pristopa zagotovo lahko upravičijo le ustrezne prvine znotraj predmeta njegovega proučevanja. V pravu Unije najdemo bistveno več takšnih prvin kot v mednarodnem pravu, in celo zanj že obstaja tak pristop.⁷ Nenazadnje primarno pravo utemeljuje javno oblast, legitimira akte Unije, ustanavlja državljanstvo, zagotavlja temeljne pravice, utemeljuje pravne hierarhije, ureja razmerje med pravni redi, med javno oblastjo in gospodarstvom, med pravom in politiko.⁸ V okviru namenske primerjave je mogoče med primarnim pravom Unije in državnimi ustavami prepoznati številne skupne lastnosti; šele v okviru teoretičnih in s tem spornih zaostritev so vidne tudi pomembne razlike med primarnim pravom Unije in »skupnim imenovalcem« ustav držav članic.

A ne le naloge, tudi »pomenoslovje« oziroma »kodiranje« primarnega prava Unije se vse bolj približuje ustavnopravnemu pristopu: Od Amsterdanske pogodbe naprej pogodbenice s členom 6(1) PEU (zdaj člen 2 PEU) določajo temeljne pojme ustavnopravnega diskurza: svobodo, demokracijo, pravno državo, varstvo človekovih pravic. Skladno s tem je tudi Sodišče EU s svojim ustavnim *pomenoslovjem* s pojmom *ustavno načelo* in *ustavno jamstvo* naredilo nadaljni veliki korak v to smer.⁹ Pojem »temeljni red« nemškega ustav-

4 Evropski svet z dne 21./22. junija 2007 (op. 3), tč. 1; po mnenju nemške zvezne vlade naj bi se ta ustavni koncept nanašal tudi na simbole Unije ter pojem „evropski zakon“, *Denkschrift der Bundesregierung zum Vertrag von Lissabon*, 13. december 2007, Bundesrat Drucksache 928/07, 133, 134.

5 V zvezi s stotino avstrijskih ustavnih zakonov Ewald Wiederin, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Österreich*, v Armin von Bogdandy in drugi (ur.), *Ius Publicum Europaeum I*, Heidelberg, C.F. Müller, 2007, § 7, tč. 44 in nasl.

6 SES, zadeva 294/83 (Les Verts/Parlament), *Recueil* 1986, 1339, tč. 23; Mnenje 1/91 (Sporazum o EGP), *Recueil* 1991, I-6079, Rn. 21. Podobno Michael Dougan, *The Treaty of Lisbon 2007*, *Common Market Law Review* 45 (2008), 617–703, 698.

7 Med bogato literaturo glej Ronald MacDonald in drugi (ur.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden, Nijhoff, 2005; Anne Peters, *Compensatory Constitutionalism*, *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), 579–610.

8 V zvezi s tem z ustavno-teoretičnega vidika Christoph Möllers, *Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung*, v Armin von Bogdandy in Jürgen Bast (ur.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2009, 227–277. Primerjaj tudi Ulrich Haltern, *Finalität*, prav tam, 279–331 in Paul Kirchhof, *Der europäische Staatenverbund*, prav tam, 1009–1043.

9 SES, združeni zadevi C-402/05 P in C-415/05 P (Kadi idr. proti Svetu), *ZOdl.* 2008, I-6351, tč. 285, 290.

nega sodišča takšen razvoj v njegovem bistvu potrjuje, a hkrati kaže, da se sodišče svojemu na državo osredotočenemu izročilu še ne more povsem odpovedati.¹⁰

Ustavnopravna razlaga je *znanstveni postulat*, ki ga je treba ovrednotiti glede na njegove razlagalne, ustvarjalne in predlagalne dosežke. Zato je naloga učenja o temeljnih načelih Unije v tem, da dokaže smiselnost ustavnega pristopa. Teza je, da se ustavnopravni značaj primarnega prava¹¹ še posebej jasno kaže v temeljnih načelih, ki so ključna za legitimacijo javne oblasti, ki jo izvaja Unija. Znanstvena obravnava teh načel kot *ustavnih* načel pripomore k znanstvenemu spoznanju, saj ta vidik pripelje do ključnih vprašanj, znanj in razprav. Razumevanje primarnega prava kot ustavnega prava vidi v njem okvirni red za politične boje, obravnava temelje, stremi k samopotrditvi ter posreduje med družbenimi in pravnimi razpravami.¹²

Hkrati pa ta pristop zasleduje tudi znanstvenostrateško usmeritev. Uveljavitev evropskega ustavnega prava kot poddiscipline prava Unije in ustavnega prava terja posebno izostritev,¹³ podobno kot je to veljalo za uveljavitev evropskega prava¹⁴ in kasneje evropskega prava Skupnosti¹⁵ kot disciplin. Pomemben razlog za obrat k ustavnopravni znanosti je v osredotočenju na tista pravila, ki utemnjujejo in legitimirajo javno oblast.¹⁶ Prav tako naj bo preoblikovanje primarnega prava v ustavno pravo usmerjeno v novo kakovost samega procesa preoblikovanja in naj prispeva k preseganju razumevanj prava Unije kot »pra-

10 Nemško zvezno ustavno sodišče (BVerfG), zadeva 2 BvE 2/08 in druge, z dne 30. junija 2009, tč. 229, primerjaj tudi tč. 231, kjer sodišče govori o „evropski ustavi v funkcionalnem smislu“ (www.bverfge.de)

11 SES, Mnenje 1/91 (Sporazum o EGP), *Recueil* 1991, I-6079, tč. 21.

12 Philipp Dann, Überlegungen zu einer Methodik des europäischen Verfassungsrechts, v Yvonne Becker in drugi (ur.), *Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 161–186, 167.

13 Tako se od leta 2005 izdaja tudi samostojna revija *European Constitutional Law Review*. O državnem ustavnem pravu Christoph Grabenwarter, Staatliches Unionsverfassungsrecht v von Bogdandy in Bast (op. 8), 121–175. O ustavniškem pristopu v mednarodnem pravu Stephan Kadelbach in Thomas Kleinlein, International Law a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with the Analysis of Constitutional Principles, *German Yearbook of International Law* 50 (2007), 303–347; obsežneje Thomas Kleinlein, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, doktorska dizertacija, Frankfurt na Maini, 2009. O mednarodnih vidikih ustave Unije Robert Uerpman-Witzack, Völkerrechtliche Verfassungselemente, v von Bogdandy in Bast (op. 8), 177–225.

14 Hermann Mosler, Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 14 (1951–1952), 1–45, 23.

15 Hans-Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, Mohr, 1972, 4 in nasl.

16 Francis G. Snyder, The Unfinished Constitution of the European Union, v Joseph H. H. Weiler in Marlene Wind (ur.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 55–73, 58.

va povezovanja« in »prava notranjega trga«. ¹⁷ Učenje o načelih namreč ne le opazuje, temveč je tudi samo del poustavljalnega toka. To nas vodi k naslednji točki.

2.2 Tri naloge dogmatike pravnih načel

Pravoznanstvena učenja o načelih so praviloma del »pravnih razpravljanj, ki so pravu notranja«, torej delovanja pravnega sistema. Ustavnoppravna znanost, ki se osredotoča na načela, se tako razlikuje od pristopov, ki pravno gradivo proučujejo na podlagi družboslovnih vprašanj in ki na primer ugotavljajo dejanske sile ter vzgibe, ki vplivajo na pravo. Na načela osredotočena ustavnopravna znanost ne obljublja, da bo dokazala vzročnosti v pravu. ¹⁸ Ne gre za izkustvene *vzroke*, ampak za argumentativne *razloge*; *vzroki* in *razlogi* se namreč nanašajo na različne spoznavne interese in argumentacijske strukture.

Tesnejše so povezave s pravnofilozofskimi razmišljanji, ki danes argumentirajo na podlagi načel. ¹⁹ Vendar pa je samo razmerje med pravnofilozofskim in pravnodogmatskim razpravljanjem tako nedoločljivo kot težavno. Razlika ni v načelih kot takih (v obeh primerih gre za demokracijo, pravno državo, temeljne pravice, itd.), temveč v tem, da je lahko filozofsko razpravljanje o načelih izpeljevalno, medtem ko je treba pravno razpravljanje o načelih navezati na pozitivno pravno gradivo, ki ga sestavljajo pravila in posamične odločbe; zasnovano je hermenavtično in se nanaša na veljavno pravo. Postopkovno pa se razlikujeta v tem, da se mora pravno razumevanje načel nazadnje uveljaviti v okviru sodnih postopkov. Ob tem je treba poudariti naslednje: Tako kot je pomembno, da ima znanstvenopravno pojmovanje načel morebitno filozofsko podlago, tako je v pluralističnih družbah prav tako potrebno, da pravna načela ohranijo določeno daljavo do filozofskega razpravljanja in lahko kot taka služijo kot projekcijska platna enako usmerjenih, a stvarno druga od druge odstopajočih konstrukcij. Filozofski gestus nima v sodbah kaj iskati.

17 Francis G. Snyder, General Course on Constitutional Law of the European Union, v Academy of European Law (ur.), *Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford, Oxford University Press VI (1995), 41–155, 47. Sionaidh Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union*, Harlow, Longman, 2002.

18 Širši je družboslovni pojem, v skladu s katerim načela vsebujejo tako empirične, vzročne kot normativne elemente, Stephen D. Krasner, Structural Causes and Regime Consequences, *International Organization* 36 (1982), 185–205, 186.

19 Temeljno John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, spremenjena izdaja 1999 (prva izdaja 1972), 52 in nasl. Nadalje predvsem Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth 1977, 54 in nasl. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt na Maini, Suhrkamp, 1992, 166, 208 in nasl., 242.

2.2.1 Pravnodogmatični konstruktivizem

Eden izmed prvih dogmatičnih ciljev v načela usmerjene ustavnopravne znanosti je ta, da v pozitivnopravnem gradivu prepozna načela, gradivo na ta način uredi ter na takšni podlagi vzpostavi njegovo celotno ujemanje.²⁰ Slednje je »merilo veljavnosti posamezne trditve, ki je šibkejše od analitične resnice, kakršno zagotavlja logično izpeljevanje, a močnejše od odsotnosti protislovja.«²¹ Takšno merilo ujemanja terja izoblikovanje modelov, ki se je doslej z določeno mero esencialistične zanesenosti opisovalo kot »veliki strukturni načrt« ali pa »vseobsegajoče smiselna zasnova«.²² Takšen pristop – v tem, da si prizadeva za »duh« pogodb²³ oziroma njuno »bistvo«²⁴ –, v svojih pomembnih odločbah zasleduje tudi Sodišče EU.

Predpostavka »velikega strukturnega načrta« je s spoznavnega in argumentativno-teoretičnega vidika zagotovo prav tako problematična kot trditve o »duhu« oziroma »bistvu« pravnega reda. Vendar pa drži, da se ideji celote ne moremo odpovedati.²⁵ V skladu s tem je namen tega prispevka, da se ta ideja posreduje na podlagi obravnave temeljnih načel. Temu ustrezno vlogo pravne znanosti lahko opišemo kot *pravnodogmatični konstruktivizem*.²⁶

Spočetka, torej ob koncu 19. in na začetku 20. stoletja je šlo pri tem v skladu s pojmovnopravno smerjo zgodovinske pravne šole za urejanje prava prek samostojnih pravnih pojmov. Pravnega gradiva se ni pretvarjalo na podlagi političnih, zgodovinskih oziroma filozofskih razmišljanj, ampak s pojmi kot so: država, suverenost, in osebne pravice javnega prava, ki so zasnovani kot posebni pravni pojmi, zaradi česar je njihovo proučevanje v izključni pristojnosti pravne znanosti. Najvišji znanstveni cilj pravnodogmatičnih konstrukcij (oziroma izgradnje sistema) je ta, da se tako javno kot zasebno pravo razdelata v celoto sistematično urejenih vodilnih pojmov. V središču prizadevanj je vzpostavitev samostojnega pravoznanstvenega argumentacijskega prostora, ki leži na neposrednem dosegu politike in sodišč; torej med naravnopravnimi izreki, ki

20 Dann (op. 12), 183 in sledeče

21 Habermas (op. 19), 258.

22 Gunnar Folke Schuppert in Christian Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 28, 39. Za glavne vizije - „Leitbilder“ Uve Volkmann, *Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit*, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 67 (2008), 57–128, 67 in nasl.

23 SES, zadeva 26/62 (van Gend en Loos), *Recueil* 1963, I (27); zadeva 294/83 (Les Verts proti Parlamentu), *Recueil* 1986, 1339, tč. 25.

24 SES, združeni zadevi C-6/90 in C-9/90 (Francovich), *Recueil* 1991, I-5357, tč. 35.

25 Podrobneje Friedrich Müller in Ralph Christensen, *Juristische Methodik: Bd. II Europarecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, tč. 349 in nasl.

26 Podrobneje Armin von Bogdandy, *Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Vergleich*, v: isti avtor in drugi (ur.), *Ius Publicum Europaeum II*, Heidelberg, C.F. Müller, 2008, § 39.

so deležni filozofske obravnave, ter pozitivnopravnimi izreki.²⁷ Tekom izoblikovanja materialnega ustavnega prava in postpozitivističnega nadaljnjega razvoja prvotnega programa so postopoma takšno vlogo avtonomnih glavnih pojmov prevzela ustavna načela.²⁸

Temeljna načela prava Unije so za program pravne znanosti, ki želi v svoj pogled zajeti celoto, »sistem« oziroma »vseobsegajočo zasnovo«, še posebej pomembna, saj se je poleg urejevalne eksegeze Sodišča EU pojmonovnodogmatični sloj komaj kaj razvil, nenazadnje tudi zaradi doslej viharnega razvoja primarnega prava. Prav tako temeljna načela te vloge niso imela že od samega začetka: v zgodnji fazi integracije so bili namreč v središču prizadevanj za razvoj »vseobsegajoče zasnove« cilji pogodb.²⁹ Vendar pa je s kopičenjem ciljev ta pristop svojo prepričljivost izgubil, kar potrjuje tudi odprava posebnih ciljev iz člena 2(f) PES z Lizbonsko pogodbo (člen 3 EU-Liz.). Pristop, ki se osredotoča na načela, se tako ponuja kot smotrna alternativa.

Z oziroma na evropsko primarno pravo se zdijo pravnokonstruktivistična prizadevanja še posebej pomembna. Oznaka »ustavna zmeda« je verjetno njegov najbolj znani opis.³⁰ Lizbonska pogodba nedvomno prinaša določene sistemske dosežke, a ti ne razbremenijo na načelih temelječe pravne znanosti. Poleg tega se takšna, na načelih temelječa pravna znanost ne nanaša zgolj na primarno pravo. Poustavljanje namreč glede na splošno razumevanje zahteva tudi to, da ustava »prodira« v vsa pravna razmerja.³¹ Ustrezna ustavnopravna usmeritev sekundarnopravnega gradiva terja pravnodogmatični konstruktivizem, pri katerem, kot kažejo nacionalni primeri, ustavnih načel, še posebej posameznih temeljnih pravic, ni mogoče odmisлити. Številni sekundarnopravni predpisi kar kličejo po tem, saj jih je glede na njihove uvodne navedbe izrecno treba razlagati v luči temeljnih načel, še posebej posameznih temeljnih pravic. Temu ustrezno se tudi Sodišče EU poslužuje ujemanja s primarnim pravom kot

27 Julius H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, ponatis 1. izdaje iz l. 1848, Freiburg, Haufe, 1990, 29, s tem utemelji ničvrednost jurisprudence kot znanosti.

28 Z vidika klasičnega pozitivizma gre pri tem seveda za zgodbo o propadu. Strnjeno Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt na Maini, Suhrkamp, 1993, 521 in nasl. Nadaljnja konkretizacija poteka prek t. i. »pravnih institutov«, klasično npr. pravica oziroma lastnina; o tem podrobno Ute Mager, *Einrichtungsgarantien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, posebej 21 in nasl. ter 98. Ti instituti so prav tako relativno samostojni v odnosu do pozitivnega prava, a jih je komaj mogoče najti v pravu Unije, kar je tudi ena izmed operativnih slabosti znanosti evropskega prava.

29 Carl F. Ophüls, *Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planverfassungen*, v Joseph Kaiser (ur.), *Planung I*, Baden-Baden, Nomos, 1965, 229, 233; Ipsen (op. 15), 128 in nasl..

30 Deirdre Curtin, *The Constitutional Structure of the Union*, *Common Market Law Review* 30 (1993), 17–69, 67; avtor poimenovanja je Jürgen Habermas, *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt na Maini, Suhrkamp, 1985.

31 Zgodaj Georg F. W. Hegel, *Rechtsphilosophie* (1821), Frankfurt na Maini, Suhrkamp, 1970, § 274.

metode razlage.³² Takšno poustavljanje potrjuje tudi Listina temeljnih pravic, saj številnim interesom podeljuje ustavnopravno razsežnost.

Pri tem je treba slediti prepričljivemu pojmovanju pravnodogmatičnega konstruktivizma. Pravnodogmatična konstrukcija ne more posredovati *edinega* sistema veljavnega prava, ampak le *enega od* možnih. Nekoč se je *sistem* pogosto prikrito idealistično razumel kot s pravom neločljivo povezan in včasih *dogmatično* kot edino resnično učenje. Takšen znanstveni program je bil označen kot nedemokratičen in elitističen³³ in tovrstno kritiko je treba upoštevati. V njeni luči so lahko današnja prizadevanja usmerjena zgolj v bolj skromne cilje; v smislu predlogov za urejanje, obravnavanje in nadaljni razvoj prava. Komaj kateri pravnik bo danes še trdil, da lahko pravna dogmatika vzpostavi v naprej dano logično enotnost primarnega prava oziroma *edino* filozofijo povezave Pogodb. Prav ustavnopravna dogmatika se mora zavedati nevarnosti prevelike določenosti političnega procesa. In pri konstrukcijah, ki temeljijo na načelih, je zavedanje meja znanstvenopravnih stremenj k resnici še posebej potrebno, in sicer zaradi nedoločljivosti skupka načel kot takega, jezikovne odprtosti posameznih načel ter odprtosti razmerij med njimi v primeru, da si ta nasprotujejo.³⁴ Prav tako so zmanjšana pričakovanja glede tega, kako lahko sistem pripomore k delovanju prava, pa čeprav obstajajo prav glede tega vprašanja bistveno različna stališča. Poleg tega učenje o načelih kot proizvod znanstvenopravnih konstrukcij ne more biti enak pravni praksi – česar pa ne gre obravnavati kot pomankljivost, ampak bolj kot dokaz kritične vsebine znanstvenopravnih konstrukcij. Tudi z orodji pravne dogmatike se lahko zasleduje projekt kritične pravne znanosti.

2.2.2 Pravna dogmatika usmerjena v uporabo prava

Pomen načel se ne izčrpa v njihovem pomenu, ki ga imajo pri urejanju pravnega gradiva. Načela namreč tvorijo tudi argumentacijske like v okviru ustvarjalne uporabe prava. Takšna usmerjenost v prakso velja tudi za *učenja* o načelih, saj je pravna znanost v skladu s prevladujočim prepričanjem znanost, ki je prvenstveno usmerjena v uporabo prava. Načela imajo pri uporabi prava različne naloge.

32 SES, zadeva C-314/89 (Rau), *Recueil* 1991, I-1647, tč. 17; zadeva C-98/91 (Herbrink), *Recueil* 1994, I-223, tč. 9; združene zadeve C-465/00, C-138/01 in C-139/01 (ORF), *Recueil* 2003, I-4989, tč. 68; zadeva C-540/03 (Parlament proti Svetu), *ZOdl.* 2006, I-5769, tč. 61 in nasl., 104 in nasl.

33 Klasično Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. ponatis 2. izdaje iz 1929, Aalen, Scientia Verlag, 1981, 23; Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2. ponatis 2. izdaje iz 1928, Aalen, Scientia Verlag, 1981. Michelle Everson, Is it just me, or is there an Elephant in the Room?, *European Law Journal* 13 (2007), 136–145. Jo Murkens, The Future of Staatsrecht, *The Modern Law Review* 70 (2007), 731–758.

34 V zvezi z diskurzi glede uporabe Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt na Maini, Suhrkamp, 1988, 300.

Načela pogosto razširijo krog argumentov, s katerimi se lahko razpravlja o ravnanju, skladnemu s pravom. V takšni vlogi jih lahko opišemo kot *pravna načela*, ki presegajo *strukturna načela*. S tem ko načela širijo sklop argumentov pravnega poklica, krepijo tudi njegovo samostojnost nasproti zakonodajnim političnim institucijam. Povečini pride do tega v okviru na načelih temelječe razlage ustreznih določb – tako primarnega kot sekundarnega prava.³⁵ Argumentacija na podlagi načel pogosto vključuje tudi porazdelitev dokaznih bremen:³⁶ Kdor argumentira zoper določeno načelo, je prisiljen ukrepati. Vendar pa si Sodišče EU stvari včasih preveč poenostavi: včasih namreč želi zgolj z označitvijo neke določbe kot načela upravičiti njeno široko razlago in tej določbi nasprotujočo določbo razlagati ustrezno ozko.³⁷ Metodološko takšen pristop ne prepriča, zaradi česar so potrebni dodatni argumenti.³⁸ Občasno utrdi Sodišče EU posamezno načelo celo kot samostojno merilo skladnosti s pravom.³⁹ Pri tem je naloga učenja o načelih predvsem ta, da osvetli ustrezne argumentacijske vzorce ter splošne vidike in razvije nova razumevanja. Široko področje uporabe načel in njihova veljavnost v različnih pravnih redih omogočata, da se posplošijo izvirne lokalne strategije konkretizacije načel. Hkrati pa mora pravna znanost pokazati, da ima takšen proces osamosvajanja tudi svojo ceno, na primer v luči demokratičnega načela.

Sklepno je treba poudariti, da znanstvenopravno učenje o načelih praviloma *ne more* opravljati naloge razmejitve med pravom in ne-pravom v posameznem primeru. To izhaja že iz same načelne nedoločljivosti načel, k čemur je treba dodati še to, da gre pri konkretnem dejanskem stanu običajno tudi za nasprotja med različnimi načeli. Rešitve nasprotja med načeli pa ni mogoče določiti ne znanstveno ne pravno, se jo pa lahko začrta.

35 O razlagi primarnega prava v skladu z načeli SES, združene zadeve C-402/05 P in C-415/05 P (Kadi proti Svetu), *ZOdl.* 2008, I-6531, tč. 303; nadalje zadeva C-50/00 P (Union de Pequeños Agricultores proti Svetu), *Recueil* 2002, I-6677, tč. 44; zadeva C-354/04 (Gestoras Pro Amnistía idr. proti Svetu) in zadeva C-355/04 (Segi idr. proti Svetu), *ZOdl.* 2007, I-1579 oz. I-1657, vsakič tč. 51 in nasl.. O razlagi sekundarnega prava zadeva C-540/03 (Parlament proti Svetu), *ZOdl.* 2006, I-5769, tč. 70 in nasl.; zadeva C-305/05 (Ordre des barreaux francophones et germanophone), *ZOdl.* 2007, I-5305, tč. 28.

36 Poučno SES, zadeva C-361/01 P (Kik proti UUNT), *Recueil* 2003, I-8283, tč. 82, kjer SES zanika obstoj načela; o tem Franz Mayer, *Europäisches Sprachenverfassungsrecht*, *Der Staat* 44 (2005), 367–401, 394; ta prispevek ponazarja, kako je načela mogoče pravoznanstveno utemeljiti.

37 Npr. načelo notranjega trga: SES, zadeva 7/61 (Komisija proti Italiji), *Recueil* 1961, 695 (720); zadeva 113/80 (Komisija proti Irski), *Recueil* 1981, 1625, tč. 7.

38 Karl Larenz in Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1995, 175 in nasl. Prepričljivo Pritožbeno telo Svetovne trgovinske organizacije, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), tč. 104.

39 Izbrpno Tridimas (op. 2), 29 in nasl.

2.2.3 Ohranjanje in razvijanje »pravne podstati«

Ustvarjalnopravna in v uporabo usmerjena pravina se združita v nalogi pravne dogmatike, ki bi jo lahko poimenovali kot »ohranjanje prava kot družbene podstati«. Pri tem gre najprej za to, da se vzpostavi in ohranja preglednost prava.⁴⁰ To je še posebej pomembno za razdrobljeni pravni red Unije. Nato terja »skrb za podstat« stalen nadaljnji razvoj celote pravnih pravil v koraku s spreminjajočimi se družbenimi razmerji, interesi in prepričanji. Pri tem načela lahko igrajo vlogo »vodil«, ki pravni red povežejo s splošnimi normativnimi razpravljanji. Glede na okornost postopka na podlagi člena 48 PEU so za primarno pravo Unije tovrstne naveze še posebnega pomena. Tudi iz tega razloga se pravnodogmatično delo ne sme izčrpati v opisu veljavnega prava, temveč mora biti s predlogi usmerjeno tudi v njegov nadaljnji razvoj.

Ustavna načela omogočajo notranjo kritiko pozitivnega prava, katere izražanje je usmerjeno v razvoj veljavnega prava, tako s sodno prakso kot v okviru političnega procesa, in ki predstavlja tudi sicer osrednjo nalogo ustavnopravne znanosti. Kot takšna ustavna načela omogočajo preglednost pravnega argumentiranja, predstavljajo argumentativna vrata za nova prepričanja in interese in so lahko (ostreje rečeno) dejavniki univerzalnega razuma zoper lokalne racionalnosti. Tovrstna kritika se razlikuje od splošne politične kritike, saj se izraža v obliki pravnih argumentov, je tesno prepletena s predhodnimi pravnimi operacijami in jo je kot takšno lažje prevzeti v pravo. Zaradi svojega slovesnega značaja terja takšno kritiko naslov I Pogodbe o Evropski uniji, tako v prejšnji kot v zdaj veljavni različici.

2.3 Pravni in povezovalno-politični vidiki

Načela omogočajo samostojno pravoznanstveno razpravljanje, krepijo samostojnost sodišč nasproti politiki in so nosilci notranjega razvoja prava, ki se je izognil mukotrpnemu postopku na podlagi člena 48 EU. Pa je to v luči demokratičnega načela sploh sprejemljivo? Pri odgovoru na to vprašanje moramo razlikovati med pravosodjem in pravno znanostjo. V bran slednji velja, da pravoznanstvene konstrukcije ne predstavljajo pravnih virov, ampak so zgolj predlagalne narave. Poleg tega se lahko pravna znanost sklicuje tudi na svobodo znanosti.⁴¹ Prav tako je neizpodbitno stališče *Maxa Webera*, da lahko v zapletenih družbah le pojmovno prežet in s tem racionaliziran pravni red ustrezno ureja družbene in politične procese. Iz tega izhaja namenska legitimacija takšnega znanstvega pristopa.⁴² Istočasno pa znanstvenik ne sme biti slep za

40 Schuppert in Bumke (op. 22), 40.

41 Vendar je njen obseg na evropski ravni bistveno bolj omejen kot v skladu z nemško ustavo, Jean-Christophe Galloux, Article II-73 v Laurence Burgorgue-Larsen in drugi (ur.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 2. knjiga, Bruselj, Bruylant, 2005, tč. 12.

42 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1972, 825 in nasl.

možne posledice svojega proučevanja. Še posebej pozorno je treba spremljati problematiko razvoja prava s strani glavnega naslovnika doktrinarnega konstruktivizma, to je sodišč.

Glede uporabe načel s strani sodišč je potrebno poudariti, da je vse sodobno pravo *pozitivno pravo*. Pozitivnost pomeni domet politično odgovornih gremijev.⁴³ Pravo tako bodisi razglasi zakonodajalec sam ali pa se to, če gre za *common law* oziroma druge primere ustvarjanja prava s strani sodnikov, razglaša v zakonodajalčevi odgovornosti. Zakonodajalec namreč lahko pravno stanje, ki je izšlo iz ustvarjalne dejavnosti sodnikov, tudi popravi.⁴⁴ Nasprotno pa je ustvarjanje korpusa prava, na katerega lahko zakonodajalec vpliva le s težavo, problematično in je stalna tema ustavnopravnega učenja.⁴⁵ Pri tem se razvijanje prava s strani sodišč povečini priznava kot neločljivo povezano z nalogo sodišč ter se razpravlja zgolj o njegovih mejah.⁴⁶ Sodišče EU v skladu s tem poudarja svojo pristojnost za razvijanje prava v razmejitvi do postopka spreminjanja pogodb.⁴⁷

Dodatni razlog za pravno pojmovanje političnih in družbenih nasprotij kot nasprotij med načeli je, da je nasprotja na ta način mogoče pojmovno usmerjati in s tem celo racionalizirati. Prav tako lahko načela igrajo nosilno vlogo v demokratičnih razpravljanjih.⁴⁸ Tudi večini državljanov so pravne odločitve, ki temeljijo na tehtanju med načeli bolj razumljive kot »pravnotehnične«, v neprepustnem jeziku spisane utemeljitve, ki prikrivajo vrednotenje sodišča. Oblikovanje spornih pravnih vprašanj kot nasprotij med načeli omogoča tudi z vidika demokratičnega načela dobrodošlo politizacijo, saj se na ta način spodbuja javne razprave o sodnih odločitvah.

Načeli, kakršni sta prednost prava EU in njegov neposredni učinek, sta ključ do poustavljenja prava Unije.⁴⁹ Hkrati pa je razprava o temeljnih in

43 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, v Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt na Maini, Suhrkamp, 1991, 289 (322).

44 V zvezi s *common law* Patrick S. Atiyah in Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon, 1991, 141 in nasl.

45 Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill 1962; primerjalno Ulrich Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998. O SEU z notranjega zornega kota Klaus-Dieter Borchardt, *Richterrecht durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, v Albrecht Randelzhofer (ur.) *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, München, Beck, 1995, 29–44.

46 O dejavnosti razvijanja prava s sodno prakso SEU: BVerfG 75, 223 (243).

47 Vendar prav v primerih, ko se zdi, da bi mu zavračanje predlaganega razvoja sodne prakse nekako ustrezalo, SES, mnenje 2/94 (EKČP), *Recueil* 1996, I-1759, tč. 30, in zadeva C-50/00 P (Union de Pequeños Agricultores proti Svetu), *Recueil* 2002, I-6677, tč. 44, oz. zadeva C-263/02 P (Komisija proti Jégo-Quéré), *Recueil* 2004, I-3425, tč. 36.

48 Larry Siedentop, *Democracy in Europe*, London, Allen Lane, 2000, 100.

49 Klasično Eric Stein, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, *American Journal of International Law* 75 (1981), 1–27.

ustavnih načelih sorazmerno nov pojav. Sodišče je namreč načela, s katerimi se je oblast Skupnosti omejila, razvijalo zelo počasi.⁵⁰ Pierre Pescatore je še leta 1986 ugotavljal, da načela sorazmernosti, dobre uprave, pravne varnosti, varstva temeljnih pravic in pravice obrambe sicer obstajajo, a gre pri njih zgolj za »malo ali nič«, »kamor lahko damo kar koli in tega nasprotje«.⁵¹ To se je moralo temeljito spremeniti. Zahvaljujoč se programu notranjega trga in Maastrichtski pogodbi se je razprava o temeljnih in ustavnih načelih začela hitro razvijati⁵² in je privedla do z Amsterdamsko pogodbo določenega člena 6 PEU (člen 2 PEU-Liz.), ki predstavlja najpomembnejšo pozitivnopravno podlago za temeljna načela Unije.

Omeniti pa je treba tudi povezovalno-politično vlogo učenja o temeljnih načelih pri krepitvi splošnega razumevanja Unije med njenimi državljani in pri določitvi splošnega soglasja za delovanje evropskih institucij. Pravnoznanstveno delo zagotovo ne more neposredno vplivati na širše javno razumevanje,⁵³ vendar pa ga je mogoče razumeti kot del širše javne razprave, na kateri temelji evropsko državljanstvo.

Načela lahko v razpravi o povezovalni politiki prevzamejo tudi nazorsko vlogo. Tako zmožnost ima zagotovo oris Unije s pomočjo načel.⁵⁴ S tega vidika pa je problematična Lizbonska pogodba, saj so bila z njo temeljna načela Unije preimenovana v »vrednote« in s tem v izraz etičnih prepričanj državljanov Unije (člen 2 PEU). Pravno učenje o načelih mora biti utemeljeno na boljši podlagi kot na družboslovnih domnevah o normativnih prepričanjih državljanov Unije in bi moralo z vidika načela svobode posameznika upoštevati razliko med pravom in etiko.⁵⁵ Razprave o vrednotah se namreč hitro sprevržejo v pokroviteljstvo.

50 Pierre Pescatore, *Le droit de l'intégration*, Leiden, Sijthoff, 1972, 70 in nasl. Helmut Lecheler, *Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze*, Berlin, Ducker & Humblot, 1971.

51 Pierre Pescatore, *Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire*, 1986, v Pierre Pescatore, *Études de droit communautaire européen 1962–2007*, Bruselj, Bruylant, 2008, 691.

52 Jochen A. Frowein, *Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien*, v Arthur Kaufmann (ur.), *Rechtsstaat und Menschenwürde: Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Frankfurt na Maini, Klostermann, 1988, 149–158. Jörg Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruselj, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, 183 in nasl. Joseph H. H. Weiler, *European Neo-Constitutionalism*, *Political Studies* 44 (1996), 517–533.

53 Francis Snyder, *Editorial: Dimensions and Precipitates of EU Constitutional Law*, *European Law Journal* 8 (2002), 315–318.

54 Koen Lenaerts, 'In the Union We Trust', *Common Market Law Review* 41 (2004), 317–343.

55 Erhard Deninger, 'Freiheitsordnung – Werteordnung – Pflichtordnung', v Erhard Deninger (ur.), *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990, 143–157. Poučna je razprava v ZDA, ki se nanaša na nauke o pravicah nasproti moralnemu konvencionalizmu, Paul Brest, *The Fundamental Rights Controversy*, *Yale Law Journal* 90 (1981), 1063–1109.

3 USTAVNA NAČELA IN TEMELJNA NAČELA

3.1 Načela v pravu Unije

Pogodbodajalcu⁵⁶ je pojem *načelo* všeč in je v večini jezikovnih različic izredno pogosto uporabljen. V angleški in francoski različici prejšnje PEU ga je mogoče najti kar 22-krat, v PES 48-krat, po volji Lizbonske pogodbe pa kar 98-krat. V Listini temljenih pravic je beseda *načelo* v angleški in francoski različici uporabljena 14-krat. Vsebinsko se nanaša na pisan šopek določb, ki se razteza od demokratičnega načela (prejšnji člen 6 PEU) pa vse do temeljnih načel sistemov socialne varnosti držav članic (člen 153(4) Pogodbe o delovanju Evropske unije – krajše PDEU); medtem ko naj bi nekatera načela določil šele zakonodajalec (člen 291 PDEU). V nemški različici se *načelo* pojavi bistveno redkeje, v prejšnji PEU zgolj 3-krat, 4-krat v PES, pri čemer gre povečini za načelo subsidiarnosti. To je mogoče pojasniti s tem, da se namesto angleškega *principle* oz. francoskega *principe* uporablja *Grundsatz*, kar velja tudi za nemško različico Listine temeljnih pravic.

Pa gre pri teh odstopanjih med jezikovnimi različicami za kaj globjega? Pri uporabi dveh nemških pojmov namesto enega angleškega oziroma francoskega gre lahko za pomembno pravno razlikovanje: npr. *decision*, ki je lahko v nemškem jeziku *Entscheidung* ali pa *Beschluss*, s čimer sta kot *decision* poimenovana dva pravna akta z različnimi pravnimi ureditvami.⁵⁷ Vendar pa ni nobenih razlogov, da bi na podobno sklepali pri nemškem dvojčku *Prinzip* in *Grundsatz*, tako da ju tudi ta prispevek v skladu s prakso in stroko razume kot so sopomenki.⁵⁸

V besedilu pogodb ima *načelo* pripisovalni značaj. Avtorji pogodb z njim tako poimenovanemu dejanskemu stanu ali pa kar pravilu kot celoti pripisujejo *višji* pomen in tako usmerjajo bralca skozi nepregledno besedilo. Hkrati *načelo* ponavadi določa *splošne* okvirje, npr. nekdanja člen 6(1) PEU oziroma člen 71(2) PES. Kot *načelo* poimenovani pojem naj bi, v kolikor ima povratni pomen, podajal tudi izjave o *celoti*. Nadalje z *načelom* avtorji pogodb povečini opisujejo dejanski stan, katerega sporočilo je nedoločno, na kar kažejo celo načela za posamezna področja iz členov 191(2) PDEU oziroma 317 PDEU.

56 Pojem pogodbodajalec opisuje na podlagi člena 48 PEU v kolektiv združene države članice. pojmovno: Sodišče prve stopnje, zadeva T-28/03 (Holcim proti Komisiji), ZOdl. 2005, II-1357, tč. 34 („ustavna oblast“); zadeva T-172/98 (Salamander idr. proti Parlamentu in Svetu), Recueil 2000, II-2487, tč. 75 („ustavodajalec Skupnosti“).

57 Podrobneje Jürgen Bast, *Grundbegriffe der Handlungsformen der EU*, Berlin, Springer, 2006, 110 in nasl.

58 To velja tudi za filozofski diskurz, primerjaj vsaj Habermas (op. 19), 211.

Alexy v svojem vplivnem nauku primerja načela s pravili in jih opiše s tem, da gre pri njih za optimizacijske zahteve, ki jih je mogoče tehtati.⁵⁹ Morda pravna služba Sveta iz tega razloga prednosti prava Skupnosti pred nacionalnim pravom v nemški različici ni poimenovala kot načelo temveč »temeljni steber«, da ga torej ne bi bilo mogoče »tehtati«.⁶⁰ A hkrati francoska različica neobremenjeno govori o »*principe fondamental*«. Vendar dosledno razlikovanje, na katerem temelji takšno razumevanje pravil in načel, ne prepriča, in se v tem prispevku ne bo uporabljajo za pojmovanje načel.⁶¹

Samo poimenovanje kot načelo kot tako ne prinaša nobenih posebnih pravnih posledic. To je še posebej očitno, če primerjamo člen 23 in člen 52(5) Listine temeljnih pravic. Načelo enakosti iz člena 23 je iztožljivo načelo prava Unije.⁶² Nasprotno pa člen 52(5) Listine izrecno razlikuje med iztožljivimi pravicami in načeli. Domnevo, da ne gre sklepati na enotno pojmovanje načel s strani avtorjev pogodb potrjuje tudi naključno pripisovanje značilnosti načelom; kot so *vodilna* (člen 119(3) PDEU), *obstoječa* (člen 47(2) PES), *bistvena* (člen 67(5) PES), *enotna* (člen 207(1) PDEU) in *splošna* (člen 340(2) PDEU). Pri vsaki uporabi pojma *načelo* je zato treba posebej ugotavljati, kakšne pravne posledice so vezane na določbo, in sicer predvsem z vidika pravnih sredstev in sodnega varstva.⁶³

Beseda *načelo* ne opisuje zgolj pojma pozitivnega prava Unije, temveč tudi pojem znanstveno-pravnega razčlenjevanja. Kot je bilo prikazano zgoraj v točki 3.2., je kot takšen nepogrešljiv pri opravljanju nalog pravne znanosti. Ob tem je sporno, kaj »načelo« pomeni; za tem pojmom namreč stojijo nasprotujoče si razlage prava.⁶⁴ To pa ne škodi, saj pri opredeljevanju znanstvenih pojmov ne gre za resnico, ampak je to sredstvo v luči cilja znanstvenega spoznanja. To nas je pripeljalo do temeljnih načel.

59 Podrobneje Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt na Maini, Suhrkamp, 2006, 75 in nasl.

60 Evropski svet, Mnenje pravne službe Sveta, dok. 11197/07, o tem Franz Mayer, *Die Rückkehr der Europäischen Verfassung?*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 67 (2007), 1141–1217, 1153. O prednosti pred nacionalnim pravom kot načelom Matthias Niedobitek, *Der Vorrang des Unionsrechts*, v Matthias Niedobitek in drugi (ur.), *Continuing the European Constitutional Debate*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 63–104, 65 in nasl.

61 András Jakab, *Prinzipien, Rechtstheorie* 37 (2006), 49–65.

62 Stalna sodna praksa SES, združeni zadevi 117/76 in 16/77 (Ruckdeschel), *Recueil* 1977, 1753, tč. 7.

63 Podrobneje Chris Hilson, *Rights and Principles in EU Law*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 15 (2008), 193–215, 215.

64 Za osnove Dworkin (op. 19), 58 in nasl. Alexy (op. 59), in 75 nasl. O razpravi Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli 1996, 115 in nasl. Maria Luisa Fernandez Esteban, *The Rule of Law in the European Constitution*, Haag, Kluwer, 1999, 39 in nasl. Martti Koskeniemi, *General Principles*, v Martti Koskeniemi (ur.) *Sources of International Law*, Aldershot, Dartmouth, 2000, 359–402.

3.2 Temeljna načela Unije in njihov ustavnopravni značaj

V tem prispevku se *temeljno načelo* uporablja kot znanstvenopravni pojem, s katerim v izročilu ustavnštva ugotavljamo in razlagamo tiste norme primarnega prava, ki služijo kot normativna podlaga za celotni pravni red Unije – in torej z vidika potrebe po upravičevanju oblastvenega ravnanja določajo njegove bistvene legitimacijske temelje.⁶⁵ Do te mere se takšno razumevanje navezuje na pravkar pojasnjen pojem načel primarnega prava: gre za višje norme, ki se nanašajo na celotno snov. Kot podvrsta te družine se *temeljna* načela nanašajo na celoto primarnega prava Unije in pa kar vsega prava Unije. Takšno, materialno pojmovanje temeljnega načela se brez dvoma ne nanaša na vse v pogodbah in sodni praksi kot *načela* poimenovana norme, ampak le na nekaj norm in dejanskih stanj, ki jih tudi v nacionalnem ustavnem pravu označujemo kot *temeljna*, ali pa tudi kot *strukturna* načela.⁶⁶

Z vidika znanstvenega spoznanja je dovoljeno in tudi plodno, da ta *temeljna* načela razumemo kot *ustavna* načela in jih obravnavamo s tega vidika.⁶⁷ Unija se je v devetdesetih letih prejšnjega stoletja okrepila v politično Unijo. S členom 6(1) tedanje PEU je po dolгих razpravah pogodbodajalec Unijo utemeljil na »načelih svobode, demokracije, spoštovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter pravne države« in s tem na temeljnem programu liberalno demokratičnega ustavnštva. To pa naroča odločitev za ustavno pomenoslovje, ki ga je treba razdelati v ustavnopravno doktrino.⁶⁸ Normativni pomen povednika »temelji« v nekdanjem členu 6(1) PEU ustreza povedniku »je« v členu 20(1) nemške Ustave.⁶⁹

Primerjava s členom F Pogodbe o EU v različici iz Maastrichta pomen te politične odločitve iz leta 1997 še bolj poudari. Člen F je namreč ubeseden še povsem iz omejujočega vidika, ki je še danes viden v členu 6(3) PEU. Ta namreč Unijo zavezuje k spoštovanju splošnih načel, angl. *general principles*, ki nimajo utemeljitvene, ampak zgolj *omejevalno* nalogo.⁷⁰ Leta 1997 pa je pogodboda-

65 O pojmu *principe fondateur* Molinier (op. 2), 24; podobno Dworkin (op. 19), 55.

66 Podrobneje Horst Dreier, Art. 20 (Einführung), v Horst Dreier (ur.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2. knjiga, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, tč. 5, 8; Franz Reimer, *Verfassungsprinzipien*, Berlin, Ducker & Humblot, 2001, 26 in nasl.

67 O ustavnih načelih PES govori tudi SES: združeni zadevi C-402/05 P in C-415/05 P (Kadi proti Svetu), ZOdl. 2008, I-6531, tč. 285. Pojem »temeljnega reda«, ki ga uprablja nemško ustavno sodišče (BVerfG, 2 BvE 2/08 z dne 30.6.2009, LS 1, tč. 229 in nasl.) jasno ponazarja, da je državarsko omejevanje pojma ustave možno zgolj za ceno pojmovnega analogona.

68 Beutler (op. 2), Rn. 1; Pedro Cruz Villalón, *La constitución inédita*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, 73, 143; Hans-Werner Rengeling in Peter Szczekalla, *Grundrechte in der Europäischen Union*, Köln, Heymanns, 2004, tč. 92 in nasl.

69 Postopoma je postal čl. 6(1) PEU (zdaj čl. 2 PEU) tudi operativen; za s načeli skladn razlago primarnega prava SES, združeni zadevi C-402/05 P in C-415/05 P (Kadi proti Svetu), ZOdl. 2008, I-6531, tč. 303.

70 Molinier (op. 2), 29; primerjaj vsaj načela, obravavana v Tridimas (op. 2) in Groussot (op. 2).

jalec v tedanjem členu 6(1) PEU določilo normativno jedro, na katerem Unija temelji. V tem ustanovni pomen člena 6(1) tedanje PEU presega ustavnopravno razsežnost Maastrichtske pogodbe. Od tedaj naprej ima pozitivnopravno podlago ne le omejevalno, ampak tudi utemeljevalno evropsko ustavništvo. Pravni pristop, na katerem temelji ta prispevek, obravnava vsebinski pojem temeljnega načela kot izraz politične odločitve v Amsterdamski pogodbi, da se evropska politična Unija ustanovi na podlagi zahtev liberalno demokratičnega ustavništva.

Temeljna načela so v skladu s tem načela, določena v takratnem členu 6(1) PEU (člen 2 PEU-Liz.), pa tudi v takratnem naslovu I PEU določena načela izvajanja pristojnosti, zvestega sodelovanja in strukturne skladnosti. Z vidika temeljnih načel federalnega razmerja med Unijo in državami članicami potrjuje takšen pristop tudi naslov I PEU-Liz. Preostala načela primarnega prava ne spadajo med ta vseobsegajoča temeljna načela, vseeno pa služijo kot njihova uresničitev in hkrati iz njih črpajo ustavnopravne vsebine.

Tudi norme, določene v členu 2 PEU-Liz. niso (čeprav so označene kot vrednote) nič drugega kot pravne norme in načela oz. temeljna načela. Običajno se sicer med vrednotami in načeli razlikuje, pri čemer prve predstavljajo temeljna etična prepričanja posameznikov, druga pa pravna pravila. Ker pa so »vrednote« iz člena 2 PEU-Liz. določene v skladu s postopkom iz člena 48 PEU in imajo pravni učinek (npr. člen 3(1), člen 7, člen 49 PEU-Liz.), so pravna pravila in so, ker so poudarjene, vseobsegajoče in utemeljujejo tudi temeljna načela. Uporaba pojma »vrednota« v člen 2 PEU-Liz. namesto pojma »načelo«, nejasna normativna vloga drugega stavka tega člena, pa tudi razlike v opredelitvi določenih vrednot,⁷¹ kažejo na še vedno prisotno negotovost pri določanju evropskih temeljnih načel.

Z analitičnega vidika opredelitev določenega pravila kot temeljnega načela ne pomeni, da drugačna pojmovanja s tem niso možna. Obstajajo upoštevanja vredne študije teh načel kot npr. načel upravnega prava.⁷² Pri naddržavnem javnem pravu se ustavnopravni in upravnopravni pristop prekrivata. Morda se bo kdo vprašal, zakaj temeljna načela tudi ta študija sicer pravno označi kot ustavna načela, a jih ne *poimenuje* kot takšna. V prvi vrsti se na ta način izognemo pojmovnim razlikam s sodno prakso: ta je namreč pojem *ustavno načelo* doslej uporabljala le za norme ustavnega prava držav članic.⁷³ Vendar pa v za-

71 Primerjaj 4. recital PEU, čl. 6(1) PEU-Nica oz. čl. 2 PEU-Liss., 2. recital Listine temeljnih pravic.

72 Giacinto della Cananea, *Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali*, v Giacinto della Cananea (ur.), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2006, 1–56, 17 in nasl.

73 SES, zadeva C-36/02 (Omega), *Zodl.* 2004, I-9609, tč. 12; zadeva C-49/07 (MOTOE), *Zodl.* 2008, I-4863, tč. 12. Do sedaj ta pojem za pravo Unije uporablja zgolj ena generalna pravobranilka: GP Kokott, sklepni predlogi z dne 14.20.2004 v združenih zadevah C-387/02, 391/02 in 403/02 (Berlusconi idr.), *Zodl.* 2005, I-3565, tč. 163.

devi *Kadi* pojem *ustavno načelo* najdemo tudi z ozirom na pravo Skupnosti,⁷⁴ kar še poudari ustvarjalno vrednost te sodbe. Dosedaj je bilo namreč običajno poimenovanje *temeljno načelo*.⁷⁵ Vendar pa bi s preimenovanjem načel, ki so tukaj predstavljena kot *temeljna*, s širšim pojmom *ustavnih* načel postavili pod vprašaj ustavno naravo preostalih načel primarnega prava, kar ni namen tega prispevka.

V pravu Unije je treba razlikovati med načeli, še posebej temeljnimi načeli, in cilji. Unija »temelji« na načelih (nekdanji člen 6(1) PEU). Načela predstavljajo meje delovanja držav članic in Unije. Cilji pa nasprotno določajo zaželeno učinke v družbeni dejanskosti. Pomešanje ciljev in načel kot npr. v členu 3(1) PEU-Liz. te razlike ne izniči. Razlikovanje med cilji povezovanja ter ustavno-pravnimi načeli potrjuje tudi neuspeh instrumentalističnega pogleda na Unijo.

3.3 Načela mednarodnega prava

Pojem ustavnega načela uporablja tudi znanost mednarodnega javnega prava.⁷⁶ Iz tega razloga se je potrebno vprašati, ali je treba pri proučevanju temeljnih načel Unije upoštevati tudi splošna načela mednarodnega javnega prava in načela posameznih mednarodnih pogodb, še posebej Ustanovne listine Združenih narodov, mednarodnih paktov o človekovih pravicah in Sporazuma o ustanovitvi Mednarodne trgovinske organizacije. Člen 3(5) PEU-Liz. lahko razumemo na ta način. Prav tako so tudi na podlagi člena 216(2) PDEU mednarodne pogodbe, pa tudi načela mednarodnega običajnega prava, nad zakonodajnimi akti.⁷⁷

Vendar pa podrobnejša obravnava sodne prakse pokaže, da mednarodna pravila z izjemo Evropske konvencije o človekovih pravicah⁷⁸ nimajo odločilnega vpliva na izvajanje javne oblasti s strani Unije, tako da jih pri tej obravnavi lahko izpustimo. Ta načelna odločitev je prišla do izraza že v sodbi *Costa proti E.N.E.L.*: medtem kot je sodba *van Gend* še pojmovala pravo Skupnosti kot »avtonomni pravni red mednarodnega prava«, govori SEU vse od primera *Costa* le še o »avtonomnem pravnem redu« *tout court*.⁷⁹ Prevladujoče razumevanje

74 SES, združene zadeve C-402/05 P in C-415/05 P (*Kadi proti Svetu*), *ZOdl.* 2008, I-6531, tč. 285.

75 SES, združene zadeve C-46/93 in C-48/93 (*Brasserie du pêcheur*), *Recueil* 1996, I-1029, tč. 27; zadeva C-255/02 (*Hailfax*), *ZOdl.* 2006, I-1609, tč. 92; zadeva C-438/05 (*International Transport Workers' Federation*), *ZOdl.* 2007, I-10779, tč. 68; zadeva C-162/07 (*Ampliscientifica*), *ZOdl.* 2008, I-4019, tč. 25.

76 Kadelbach in Kleinlein (op. 13).

77 SES, zadeva C-162/96 (*Racke*), *Recueil* 1998, I-3655, tč. 45–51.

78 Pozor: presenetljivo je zanikanje neposredne učinkovitosti Pogodbe o pomorskem mednarodnem pravu s strani SES, zadeva C-308/06 (*Intertanko*), *ZOdl.* 2008, I-4057, tč. 42 in nasl.

79 Nazadnje SES, združeni zadevi C-402/05 P in C-415/05 P (*Kadi proti Svetu*), *ZOdl.* 2008, I-6531, tč. 316.

evropskega ustavnštva zato tega ne vidi zgolj kot vrsto vseobsegajočega mednarodnega ustavnštva.⁸⁰

4 ENOTNA TEMELJNA NAČELA Z VIDIKA NEENOTNEGA PRIMARNEGA PRAVA

4.1 Utemeljitev načelne enotnosti

Načela, ki so določena v naslovu I PEU, veljajo za *celotno* pravo Unije, tako za PEU kot za PDEU. S členom 2 PEU-Liz. je to nedvomno potrjeno, a je bilo pred Lizbonsko pogodbo sporno, še posebej ob sklicevanju na t. i. steberno strukturo Pogodb (PES in naslov V ter VI PEU-Nica). Dejansko naslova V in VI PEU-Nica nista v vseh ozirih sledila t. i. skupnostni metodi glede naddržavnosti, neposrednega učinka in celostnega pravnega varstva. Ta posebna ureditev predstavlja izraz pomembnih kompromisov pri oblikovanju pogodb, ki jih mora tudi pravna znanost resno upoštevati. Po mnenju nekaterih takšne Unije niti ni bilo mogoče šteti za nosilko oblasti. Na podlagi omenjenih naslovov naj bi prej delovale države članice kot pa organi Unije. Iz tega razloga bi morali kategorično razlikovati med pravom Skupnosti in pravom Unije. Akti Sveta na podlagi naslova V oziroma VI PEU, npr. okvirni sklepi, naj tako ne bi bili akti Unije, ampak mednarodni sporazumi držav članic.⁸¹ V skladu s tem pogledom bi bilo vseobsegajoče učenje o načelih v veliki meri nesmiselno.⁸²

Vendar pa obstajajo dobri razlogi za obravnavanje Unije kot enotnega nosilca javne oblasti že v okviru prejšnje ureditve, in s tem pravo na podlagi PEU in PES glede na razmejitev do pravnih redov držav članic na eni ter mednarodnega prava na drugi strani kot *en sam* pravni red.⁸³ Ob tem je treba najprej poudariti spojitve organov: vse od leta 1994 je bil pri aktih na podlagi naslovov V in VI PEU kot pravodajni organ naveden Svet, nikoli države članice. Z vidika načela varstva temeljnih pravic je bila takšna enotnost tudi izrecno zapovedana (člen 46 d EUV-Nica)⁸⁴ in jo je mogoče utemeljiti tudi z določbami, kot so člen 1

80 Jean d'Aspremont in Frédéric Dopagne, Two Constitutionalisms in Europe, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 68 (2008), 903–937.

81 Andreas Haratsch, Christian König in Matthias Pechstein, *Europarecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, tč. 79, 83; v to smer tudi BVerfGE 113, 273 (301).

82 Matthias Pechstein, Art. 6 EUV, v Rudolf Streinz (ur.), *EUV/EGV*, München, Beck, 2003, tč. 2 in nasl.

83 Tako izrecno SES, zadeva C-301/06 (Irska proti Parlamentu in Svetu), *ZOdl.* 2009, I-0593, tč. 56.

84 O enotnosti standarda SES, zadeva C-303/05 (Advocaten voor de Wereld – evropski zaporni nalog), *ZOdl.* 2007, I-3633, tč. 45.

oz. člen 48f EUV-Nica.⁸⁵ S tega vidika je bilo primerno, da je Sodišče ES načela prava Skupnosti razširilo tudi na naslova V in VI nekdanje PEU.⁸⁶

Sklep o pravni enotnosti prava Unije je mogoče utemeljiti tudi z načelom celostnega ujemanja. To izhaja iz načela enakosti članov pravne skupnosti in predstavlja zatočišče za znanstvenopravni sistem ter s tem ustvarja enotnost in omogoča izražanje kritike, ki je pravo notranja, glede odstopajočih logik pravnega urejanja ter smeri v sodni praksi. V pozitivnem pravu je to potrjeno tako z načelom enakosti (člen 20 Listine temeljnih pravic) kakor tudi s členom 13(1) PEU-Liz., členom 256(2) in (3) PDEU.

4.2 Meje enotnostnega pristopa

Vendar pa celostno ujemanje ni načelo, ki na splošno prevlada. Obstajajo tudi dobri razlogi za odstopanja.⁸⁷ Predpostavka o pravni enotnosti Unije namreč ne pomeni, da se pozitivno ustavno pravo ali celo iz njega izhajajoča sodna praksa združujeta v uglaseno celoto. S pojmovanjem prava Unije kot pravnega reda, ki je kot svoj glavni del vključevalo pravo Skupnosti, tako ne zanikamo, da je prišla v okviru nekdanjih naslovov V in VI vrsta pravnih institutov prava Skupnosti le omejeno v poštev ali pa sploh ne. Splošno prepričanje se tako glasi, da je načela naddržavnega prava mogoče uporabiti, če so združljiva s posebnimi pravili preostalega prava Unije. Lizbonska pogodba glede tega sicer prinaša bistveni sistemski napredek in to razdrobitev omejuje,⁸⁸ a je vsekako ne preseže, na kar kaže tudi Protokol o posebnem položaju Združenega kraljestva in Poljske glede Listine temeljnih pravic.⁸⁹

Tudi ob predpostavki enake *veljave* temeljnih načel se je potrebno vprašati, ali enaka veljava pomeni tudi enak *pomen* teh istih načel glede različnih delov prava Unije. Tako se npr. demokratično načelo zgolj v okviru pristojnosti na

85 Izčrpno Armin von Bogdandy, *The Legal Case for Unity*, *Common Market Law Review* 36 (1999), 887–910; podobno Hermann-Josef Blanke, Art. 3 EU, v Calliess in Ruffert (op. 2), tč. 1, 3; Christoph Stumpf, Art. 3 EU, v Jürgen Schwarze (ur.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2008, tč. 1.

86 Podrobneje Koen Lenaerts in Tim Corthaut, *Towards an Internally Consistent Doctrine on Invoking Norms of EU Law*, v Sacha Prechal in Bert van Roermund (ur.), *The Coherence of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 495–531. Thomas Giegerich, *Verschmelzung der drei Säulen der EU durch europäisches Richterrecht*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 67 (2007), 351–383. Vendar pa je SES pravo EU in ES opisoval kot „združena vendar različna pravna reda“: združeni zadevi C-402/05 P in C-415/05 P (Kadi proti Svetu), *ZOdl.* 2008, I-6531, tč. 120; primerjaj tudi C-301/06 (Irska proti Parlamentu in Svetu), *ZOdl.* 2009, I-0593, tč. 56.

87 Izčrpneje Filomena Chirico in Pierre Larouche, *Conceptual Divergence, Functionalism, and the Economics of Convergence*, v Prechal in van Roermund (op. 86), 463–495.

88 Rudolf Streinz, Christoph Ohler in Christoph Herrmann, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, München, Beck, 2008, 33 in nasl.

89 Predlogi, kako se spopasti s to situacijo Dougan (op. 6), 665 in nasl. Položaj pa ni tako izjemen: Alexander Hanebeck, *Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber*, *Der Staat* 41 (2002), 429–451.

podlagi PDEU uresničuje v obliki dvojne legitimacije preko Sveta in Parlamenta, prav tako je glede pomembnih področij za načelo pravne države tako ključno pravno varstvo omejeno, in deloma celo izključeno.

Vse to neupravičeno vzbuja dvome o vrednosti vseobsegajočega učenja o načelih in pomisleke, da ta bolj služi politično-integracijskim in federalističnim strategijam, kot pa naj bi bil plod znanstvenega spoznanja. Glede na to, da načela določena v prejšnjem čl. 6 PEU (zdaj čl. 2 PEU) veljajo za vsa področja Unije, je učenju o načelih, ki se opira na to določbo, težko očitati neupravičenost. Ta določba prav kliče po splošnem učenju o načelih, ki bi veljalo za celotno pravo Unije.⁹⁰ Dejstvo, da Unija »temelji« na načelih iz prejšnjega člena 6(1) PEU, in še bolj to, da je v primeru iz novega člena 2 PEU na njih celo »ustanovljena«, izraža upoštevanja vreden normativni program. Tako lahko PEU štejem tudi za ustavo, ki sama določa merila za ugotavljanje pomanjkljivosti ter smernice za njihovo odpravo.⁹¹

Glede na to je vseobsegajoče učenje o načelih mogoče utemeljiti. A s tem, ko smo opravili s tem načelnim ugovorom, se lahko močna razdrobljenost zakonodajnih področij izkaže za problematično pri ugotavljanju, *katere* določbe pogodb je mogoče razlagati kot tiste, ki konkretizirajo določeno abstraktno načelo. Tako postopek soodločanja na podlagi člena 294 PDEU kot tudi izključno pristojnost Sveta za soglasno odločanje je namreč mogoče razumeti kot izraz demokratičnega načela. A za to študijo velja, da se lahko pri oblikovanju učenja o načelih Unije kot standardnega utemljeno poslužimo naddržavnega primera, poimenovanega tudi *skupnostna metoda*.⁹² To tezo z uvedbo »rednega zakonodajnega postopka« v členu 289 PDEU potrjuje tudi Lizbonska pogodba.⁹³ Na splošno je pričakovati, da se bodo z uveljavitvijo Lizbonske pogodbe temeljna načela iz člena 2 PEU konkretizirala v luči določb PEU in da se bodo s tem odstopajoča pravila iz PDEU začela obravnavati kot izjema. Prav v različici Lizbonske pogodbe namreč PEU vsebuje določene prvine slovesne ustave, ki pa se v PDEU le nepopolno izražajo. Pravno bo nasprotja, do katerih utegne priti iz tega razloga, treba reševati na podlagi načel, saj ni na razpolago veliko posebnih pravil. Nadaljnje poustavljanje Evrope terja, da se prouči normativna vsebina nove PEU, še posebej naslova I in II, ter da se oblikujejo hermenevitične in pravnopolitične strategije za njeno uresničitev.

90 Podobno skrb izraža tudi člen 23(1) nemške ustave, ki zagotavlja strukturno integriteto Ustave.

91 Armin von Bogdandy, *The Prospect of a European Republic*, *Common Market Law Review* 42 (2005), 913–941, 934 in nasl.

92 Tako v Ustavni pogodbi; o tem Christian Callies, Art. I-1 VVE, v Christian Callies in Matthias Ruffert (ur.), *Verfassung der Europäischen Union*, München, Beck, 2006, tč. 47 in nasl. O skupnostni metodi Jürgen Bast, *Einheit und Differenzierung der Europäischen Verfassung*, v Becker (op. 12), 34–60, 52 in nasl.

93 V to smer SES, zadeva C-133/06 (Parlament proti Svetu), ZOdl. 2008, I-3189, tč. 63. Tam SES po novem razlikuje med zakonodajnim postopkom s soodgovornostjo parlamenta in navadnim zakonodajnim postopkom; temeljno Koen Lenaerts, npr. v: Sénat et Chambre des représentants de Belgique, *Les finalités de l'Union européenne*, Bruselj, Conseil, 2001, 14 (15).

Razumevanje izročila evropskega ustavnštva, na katerem temelji ta prispevek, terja, da se ideja o reprezentativni ustavi, ki utemeljuje delitev oblasti in varstvo človekovih pravic, razširi na vse njene dele in protokole. To pa *ne* pomeni, da bi želeli na račun držav članic razširiti pristojnosti Unije oziroma razveljaviti določena pravila. Vseobsegajoče učenje o načelih posebnih in tudi drugače usmerjenih področnih pravil ne more razveljaviti, ne da bi s tem kršilo eno izmed bistvenih temeljnih načel: člen 4(2) PEU v povezavi s členom 48 PEU jasno določata, da mora ustavnopravna dinamika ostati v rokah nadzora nacionalnih parlamentov.⁹⁴ Argumentacija na podlagi načel, ki bi šla preko konkretnega sklopa določb Pogodb, bi namreč odražala nerazumevanje bistvene vsebine ustavnega prava Unije – tega, da je ustava Unije ustava podrobnosti, kar je skladno z raznolikostjo njene politične in družbene podlage.⁹⁵ To bogastvo podrobnosti je odraz te raznolikosti, a hkrati tudi izraz obsoječega nezaupanja držav članic in njihove potrebe po nadzoru.

5 STRNITEV

Ta prispevek je pokazal, da je načela iz 1. odstavka 2. člena EU-Liz. (prejšnji člen 6(1) PEU) mogoče razlagati kot ustavna načela in da je na njih temelječa ustavnopravna razprava utemeljena tako z vidika nauka kot doktrine. Prav tako potrjuje obravnavo in razumevanje etičnih, političnih in gospodarskih nasprotij kot nasprotij med načeli, saj s takšnim pristopom lahko pridemo do znanstvenega spoznanja in dosežemo rešitev problemov.⁹⁶ Vendar pa je treba poudariti, da znanstvenopravna razlaga načel ne more ponuditi znanstvene in edine prave rešitve za ta nasprotja. Kdor namreč evropskega primarnega prava ne razume zgolj kot »prava povezave« oziroma »prava skupnega trga«, temveč ga razlaga kot ustavno pravo in s tem izhaja iz načelne odprtosti za nasprotujoče si rešitve, ta ne more določiti niti načelne prednosti enega načela pred drugimi. To pa ne izključuje možnosti, da znanstveniki s pomočjo načel *predlagajo* rešitve, ki

94 SES, Mnenje 2/94 (EKČP), *Recueil* 1996, I-1759, tč. 10 in nasl.; zadeva C-376/98 (Nemčija proti Parlamentu in Svetu), *Recueil* 2000, I-8419.

95 Jean-Clause Piris, *The Constitution for Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 59. Kar pa ne izključuje potrebe po racionalizaciji in abstrahiranju na številnih mestih, Bruno De Witte, Too Much Constitutional Law in the European Union's Foreign Relations?, v Marise Cremona in Bruno De Witte (ur.), *EU Foreign Relations Law*, Oxford, Hart, 2008, 3–15, 7.

96 Izročilo *critical legal studies* v tem vidi ideološke motive, o tem Günther Frankenberg, Der Ernst im Recht, *Kritische Justiz* (1987) 3, 281–307. Günther Frankenberg, Partisanen der Rechtskritik, v Sonja Buckel in drugi (ur.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2006, 97–116. Duncan Kennedy, *Critique of Adjudication*, Cambridge (MA) in London, Harvard University Press, 2003. Duncan Kennedy, The Structure of Blackstone's Commentaries, *Buffalo Law Review* 28 (1979), 209–382. Roberto M. Unger, The Critical Legal Studies Movement, *Harvard Law Review* 96 (1983), 561–675.

zaradi njihovega sistemskega pristopa in neobremenjenosti s prakso igrajo posebno vlogo v ustreznih pravnih razpravah.

Iz nemškega izvirnika prevedla

*Maja Smrkolj**

Predstavitev avtorja

Armin von Bogdandy je direktor Inštituta Max-a Planck-a za primerjalno javno in mednarodno pravo v Heidelbergu ter profesor za javno pravo, s poudarkom na pravu EU, ter pravno filozofijo na Univerzi Johanna Wolfganga Goethe-ja v Frankfurtu na Maini. Poleg pravne izobrazbe ima tudi magisterij iz filozofije. Za obdobje 2010-2015 je imenovan tudi za stalnega gostujočega profesorja na New York University Global Law School (t.i. Senior Emile Noel Fellow). Je član znanstvenega sveta Agencije Evropske unije za temeljne pravice, ter član in predsednik Sodišča za jedrsko energijo pri OECD. Maja Smrkolj in Christian Wohlfahrt sta nudila dragoceno pomoč pri dokončanju tega prispevka, za komentarje se avtor zahvaljuje predvsem Jürgenu Bast-u, Jochenu von Bernstorff-u, Iris Canor, Pedro Cruz Villalón-u, Philipp-u Dann-u in Michelle Everson.

Predstavitev prevajalke

Maja Smrkolj, LL.M., je študirala pravo v Ljubljani in Heidelbergu in je kot mlada raziskovalka zaposlena na Inštitutu Max-a Planck-a za primerjalno javno pravo in mednarodno pravo v Heidelbergu, kjer po mentorstvu Armina von Bogdandy-ja pripravlja svojo doktorsko dizertacijo o evropsko- in mednarodno-pravnih vidikih mednarodnih pogodb držav članic Evropske Unije. Poleg evropskega ustavnega prava raziskuje na področjih temeljev mednarodnega prava, prava mednarodnih organizacij in temeljnih pravic. Je avtorica izvirnih in preglednih člankov ter razprav v slovenskem in tujih jezikih ter sourednica zbornikov.

* Tu želim opozoriti na nekaj prevajalskih izbir, ki so bile potrebne, da bi nemško pravno izrazoslovje približali slovenskemu bralcu. Tako je s pojmom temeljni red mišljen nem. *Grundordnung*, s pojmom temeljni steber nem. *Grundpfeiler*, nem. *Kohärenz* sem prevajala kot ujemanje, nem. *Leitbegriff* pa kot vodilni pojem. Med izrazi, za katere v slovenskem jeziku ni mogoče najti bolj natančnega ustreznika, pa sta pojem nem. *Handlungsform* (pravni akt v širšem smislu, primerjaj Jürgen Bast, 2006: Grundbegriffe der Handlungsformen der EU) ter nem. *Zweckverbandskonzeption* (instrumentalistični pogled na Unijo). Po mojem mnenju je v tem članku trebna razlikovati tudi med učenjem (nem. *Lehre*) in naukom (nem. *Theorie*) v tem, da je nem. *Lehre* bolj produkt pravne dogmatike, nem. *Theorie* pa pravne teorije. Je pa možno oboje uporabljati kot sopomenki. Bralec naj upošteva še razliko v slovenski in nemški različici PEU-Nica in PEU-Liz., ki je pomembna pri besedilu, sledečemu opombi št. 90. Medtem ko namreč slovenska različica pogodb tako v čl. 6(1) PEU-Nica kot v čl. 2 PEU-Liz. uporablja pojem "temelji", je npr. v nemški različici v PEU-Nica uporabljen pojem nem. *beruhen*, v PEU-Liz pa nem. *gründen*.

Armin von Bogdandy

Founding Principles of EU Law

A Theoretical and Doctrinal Sketch

The article provides the groundwork for the constitutional law approach to EU legal scholarship. It stresses the special role of the basic principles of the EU legal order, explaining their dimensions, foundations and their functions. First of all, legal principles play a special role in ordering the legal material into a meaningful whole, a function the author entitles doctrinal constructivism. Furthermore, they can supply arguments for the creative application of the law and can at the same time help to maintain and further legal infrastructure. The author also explains their legal and integrative aspects and their constitutional characteristics and illustrates their significance for establishing unity of EU law in light of heterogeneous primary law. The article has previously been published in German (*Europarecht* 2009/6, 749-768) and English (*European Law Journal* 16 (2010), 95-111). The author would like to thank Maja Smrkolj and Christian Wohlfahrt for their support in finalizing the article; and Jürgen Bast, Jochen von Bernstorff, Iris Canor, Pedro Cruz Villalón, Philipp Dann, and Michelle Everson for their valuable comments.

Keywords: European Union, constitutional law, basic principles, constitutional theory, functions of legal scholarship

1 INTRODUCTION

The study of principles is a well established way of legal scholarship striving for autonomy and searching for a disciplinary proprium behind the multifariousness of norms and judgments.¹ Hence, there is no dearth of exquisite commentaries, monographs and handbooks on principles of EU law.² This article seeks to further

1 Seminal Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Riga, Hartknoch, 2nd edn, 1787, Edition B, 355 *et seq.*, esp 358.

2 See, within the extensive literature, the still prominent perspective of *common or general* principles: Ulf Bernitz and Joakim Nergelius (eds), *General Principles of European Community Law*, Den Haag, London and Boston, Kluwer Law International, 2000; Xavier Groussot, *General Principles of Community Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006; Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Ricardo Gosalbo Bono, 'The Development of General Principles of Law at National and Community

the understanding of the European legal discourse on such principles, illuminating its dimensions, foundations and functions (see section 2). Further, it analyses the diffuse use of the term 'principle' in EU law. With reference to a political act, the codification of Article 6(1) EU by the Amsterdam Treaty, it then defines as *founding principles* those norms of primary law which, in view of the need to legitimise the exercise of any public authority, determine the general legitimacy foundations of the EU (see section 3). Finally, the viability of a comprehensive doctrine of principles for EU law and Community law is debated (see section 4).

2 THEORETICAL ISSUES REGARDING THE EU'S FOUNDING PRINCIPLES

2.1 A Founding Principles and Constitutional Scholarship

This article understands European *primary* law as *constitutional* law. Applying the category of *constitutional law* to European primary law certainly needs to be justified, not least because of the failure of the Treaty establishing a Constitution for Europe. As a scholarly concept, however, it does not require the blessing of politics, and the European Council cannot authoritatively decide whether the Treaties on which the EU rests are of a 'constitutional character'.³ In addition, what the European Council makes out to be a 'constitutional concept' is hardly relevant from the perspective of legal research. According to the Council's conclusions the constitutional concept of the constitutional Treaty 'consisted in repealing all existing Treaties and replacing them by a single text called

Level', in Rainer Schulze and Ulrike Seif (eds), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, 99–142; from the perspective of constitutional principles, see Bengt Beutler, in Hans von der Groeben and Jürgen Schwarze (eds), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Baden-Baden, Nomos, 2003, Art 6 EU; Christian Calliess, in Christian Callies and Matthias Ruffert (eds), *EUV/EGV*, München, Beck, 2007, Art 6 EU; Meinhard Hilf and Frank Schorkopf, Art 6 EU as well as Ingolf Pernice and Franz Mayer, Nach Art 6 EU, both in Christoph Grabitz and Meinhard Hilf (eds), *Das Recht der EU*, München, Beck, looseleaf, last update May 2008; Stelio Mangiameli (ed), *L'ordinamento Europeo: I principi dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2006; Joël Molinier (ed), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005; Hartmut Bauer and Christian Calliess (eds), *SIPE 4: Constitutional Principles in Europe*, Athens, Sakkoulas, 2008.

- 3 'The TEU and the Treaty on the Functioning of the Union will not have a constitutional character', European Council, 21/22 June 2007, Presidency Conclusions (11177/1/07 REV 1), Annex I: IGC Mandate, para 3, available at http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/94932.pdf (accessed 29 January 2009). On the differences between the Treaty establishing a Constitution for Europe of 2004 and the Lisbon Treaty, see Grainne de Burca, 'General Report', in Heribert Franz Köck *et al* (eds), *Preparing the European Union for the Future, FIDE XXIII Congress Linz 2008*, Baden-Baden, Nomos, 2008, 385–406, 391 *et seq.*

“Constitution”.⁴ In this view, neither Germany (Basic Law or *Grundgesetz*) nor Austria would have a constitution.⁵ Furthermore, no relevant actor challenges the jurisprudence of the ECJ⁶ that conceived the EC Treaty as a ‘constitutional charter’.⁷

Approaches in legal scholarship like the constitutional law approach must be assessed on the basis of scholarly arguments. Certainly, the constitutional law approach demands supportive elements in its object of investigation. These are not in short supply. The primary law justifies the exercise of public power, it legitimises acts of the EU, it creates a citizenship, it grants fundamental rights, and it regulates the relationship between legal orders, between public power and the economy, and between law and politics. Numerous common elements of EU primary law and national constitutions emerge in a functional comparison. Yet, not only the functions but also the ‘semantics’ support a constitutional law approach: the Treaty of Amsterdam provided in Article 6(1) EU (now Article 2 EU-Lisbon) the key concepts of constitutional discourse: freedom, democracy, rule of law, protection of fundamental rights. Correspondingly, the constitutional *semantics* of the ECJ have just taken a big step with the terms ‘constitutional principle’ and ‘constitutional guarantee’.⁸

The constitutional interpretation is an *academic postulate* which is to be judged by its analytical, constructive, and normative merits. Thus the task of a doctrine of European founding principles is also to prove the usefulness of the constitutionalist approach. The thesis is that primary law’s constitutional character⁹ manifests itself especially clearly in the founding principles. Their academic development as *constitutional* principles generates insight since this perspective leads to the relevant questions, knowledge and discourses. The conception of primary law as constitutional law defines it as the framework for political struggle, thematises foundations, aims at self-assurance, mediates between societal and legal discourses.¹⁰

4 *Ibid*, para 1; according to the German government this would include the symbols and the denomination ‘European law’, *Denkschrift der Bundesregierung zum Vertrag von Lissabon vom 13 Dezember 2007* [Memoir of the Federal Government concerning the Treaty of Lisbon of 13 December 2007], cited after *Bundesrat Drucksache* 928/07, 133, 134.

5 On the more than 100 Austrian federal constitutional laws, see Ewald Wiederin, ‘Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Österreich’, in Armin von Bogdandy *et al* (eds), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg, C. F. Müller, 2007), vol I, § 7, paras 44 *et seq.*

6 ECJ, Case 294/83, *Les Verts/Parlament*, Slg. 1986, ECR 1339, para 23; Opinion 1/91, *Agreement relating to the creation of the European Economic Area I* [1991] ECR I-6079, para 21.

7 For a similar view, see Michael Dougan, ‘The Treaty of Lisbon 2007’, (2008) 45 *Common Market Law Review* 617–703, 698.

8 ECJ, Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi v Council* [2008] ECR I-0000, paras 285, 290.

9 Opinion 1/91, *op cit* n 6 *supra*, para 21.

10 Philipp Dann, ‘Überlegungen zu einer Methodik des europäischen Verfassungsrechts’, in Y. Becker *et al* (eds), *Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 161–186 at 167.

At the same time, this approach pursues a strategic academic objective. The development of European constitutional law into a sub-discipline demands a specific *focus*,¹¹ just as the development of European law¹² and then European Community law¹³ into sub-disciplines did previously. The treatment of primary law as constitutional law should bring about a new quality of understanding and exposition and promote the overcoming of understandings like 'law of integration' or 'single market law'.¹⁴ A doctrine of principles not only observes, it is also part of the process of constitutionalisation. This leads to the next point.

2.2 Three Functions of a Legal Doctrine of Principles

Legal doctrines of principles are, in general, part of discourses internal to law, ie operations of the legal system. Such scholarship differs from approaches analysing the legal material from a social science perspective which for instance trace the factual constraints or motives affecting the law. A principles-oriented scholarship does not claim to prove causalities.¹⁵ It does not deal with empirical *causes*, but with argumentative *reasons*; *causes* and *reasons* relate to different cognitive interests and structures of argumentation.

Rather, there are correlations with legal philosophy which nowadays often argues based on principles.¹⁶ The relationship between the principles discourse in legal philosophy and in legal doctrine is as blurred as it is complicated. The difference cannot lie in the principles as such: they always include democracy, the rule of law, fundamental rights, etc. One difference is that a philosophical discourse on principles can proceed deductively, whereas a legal discourse on principles has to be linked to the positive legal material made up of legal provisions and judicial decisions; it is hermeneutical and refers to the law in force. A procedural difference lies in the fact that a juridical conception of principles

11 A separate journal has existed since 2005, the *European Constitutional Law Review*. Compare further the approach in international law: Stephan Kadelbach and Thomas Kleinlein, 'International Law a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with the Analysis of Constitutional Principles', (2007) 50 *German Yearbook of International Law* 303–347.

12 Hermann Mosler, 'Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl', (1951–1952) 14 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1–45 at 23 *et seq*.

13 Hans-Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (Mohr, 1972), 4 *et seq*.

14 Francis G. Snyder, 'General Course on Constitutional Law of the European Union', in Academy of European Law (ed), *Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, vol VI, 41–155 at 47 *et seq*; Sionaidh Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union*, Harlow, Longman, 2002.

15 Broader the sociological term whereby principles encompass empiric, causal and normative axioms, Stephen D. Krasner, 'Structural Causes and Regime Consequences', (1982) 36 *International Organization* 185–205, at 186.

16 Framing the discourse, see J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, revised edn 1999, first edn 1972, 52; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, 22 *et seq*; J. Habermas, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, reprint 2008, 132, 168 *et seq* and 197.

must eventually assert itself in judicial proceedings. Moreover: important as it is that the principles constructed by legal scholarship reflect their possible philosophical bases, it is as essential that, in pluralistic societies, the legal principles keep their distance to philosophical and ideological discourses in order to remain potential projection screens for similar, but factually divergent constructs. Philosophical considerations are inappropriate in court judgments.

2.2.1 Doctrinal Constructivism and its Limits

The first doctrinal thrust of constitutional scholarship aims at identifying the principles inherent in the positive legal material, thus to organise the latter and to further the coherence of the constitutional material on this basis.¹⁷ Coherence is 'weaker than the analytic truth secured by logical deduction but stronger than mere freedom from contradiction'.¹⁸ The criterion of coherence demands a modeling which is sometimes described, with somewhat essentialistic enthusiasm, as a 'grand structural plan'.¹⁹ The ECJ makes use of this approach in important decisions when it refers to the 'spirit'²⁰ or the 'nature'²¹ of the Treaties. The Supreme Court of Canada has formulated this understanding in an exemplary fashion:

The constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles animating the whole of the Constitution ... Those principles must inform our overall appreciation of the constitutional rights and obligations ...²²

Certainly, the assumption of a 'grand structural plan' is as problematic from an epistemological and argumentative viewpoint as are statements on the 'spirit' or 'nature' of a legal order. Nevertheless, the truth is that an idea of the whole is indispensable,²³ and this article aims to convey such an idea via a synopsis

17 Dann, *op cit* n 10 *supra*, 183 *et seq.*

18 Habermas, *op cit* n 16 *supra*, 211.

19 Gunnar Folke Schuppert and Christian Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 28 at 39; concerning 'guiding visions', see Uve Volkmann, 'Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit', (2008) 67 *Veröfentlichungen der Vereinigung der Deutscher Staatsrechtslehrer*, 57–128 at 67 *et seq.*

20 Case 26/62, *Van Gend en Loos* [1963] ECR I at 13; Case 294/83, *Les Verts v Parliament* [1986] ECR 1339, para 25.

21 Cases C-6/90 and C-9/90, *Francovich* [1991] ECR I-5357, para 35.

22 Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217 (Can), to question 1; akin *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 34, 269 at 287 (Soraya).

23 For more detail, see Friedrich Müller and Ralph Christensen, *Juristische Methodik: Bd II Europarecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, paras 349 *et seq.*

of founding principles. The respective role of legal scholarship can be labeled *doctrinal constructivism*.²⁴

Given the scepticism towards doctrine in the Anglo-Saxon world, this approach shall be briefly sketched. Initially, ie in the late 19th and early 20th century, the agenda of *doctrinal constructivism* aimed primarily at structuring the law using autonomous concepts, following the legal-conceptual (*begriffsjuristisch*) stream of Friedrich Savigny's historical school of law. The positive legal material is being transcended, not by way of political, historical, or philosophical reflection, but through structure-giving concepts such as *state*, *sovereignty*, or *individual rights in public law*, which are conceived of as *specifically legal* and, thus, autonomous, which as a consequence fall under the exclusive competence of legal scholarship. The highest scientific goal of the doctrinal construction is to reconstruct and represent both public and private law as complexes of systematically coordinated concepts. At the heart of these efforts lies the creation of an autonomous area of discourse and argumentation, a sort of middle level between natural law, which is primarily within the competence of philosophy and theology, and the concrete provisions of positive law, which are in the direct grasp of politics and the courts.²⁵ In the course of the formation of substantive constitutional law and of the post-positivistic development of the original programme, constitutional principles have increasingly assumed the role of these autonomous concepts.²⁶

For the programme of a holistic legal scholarship, ie a 'system' or an 'overarching conception', founding principles in European law are of particular importance, since a legal-conceptual approach has hardly developed beyond an organising exegesis of the ECJ, not least due to the sometimes tumultuous development of primary law. Nevertheless, the founding principles did not play this role from the beginning. At the beginning of the integration, the 'Treaties' objectives were at the centre of efforts to develop an 'overarching conception'.²⁷ In the course of the multiplication of these objectives this approach, however,

24 For more detail, see Armin von Bogdandy, 'Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Vergleich', in *ibid et al* (eds), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg, C. F. Müller, 2008, vol II, § 39.

25 Julius H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Freiburg, Haufe, 1848, reprint 1990, 29, thus justifies the uselessness of jurisprudence as a science.

26 From the perspective of classic positivism, this is of course a story of decline, for a concise account, see Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, 521 *et seq*. Further concretion is achieved through so-called 'legal artefacts', typical subjective rights or property, for instance; for more detail, see Ute Mager, *Einrichtungsgarantien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, in particular 21 *et seq* and 98 *et seq*. They are quite independent from positive law; however they can hardly be found in the law of the EU. This demonstrates the operational weakness of the doctrine of EU law.

27 Carl F. Ophüls, 'Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planverfassungen', in Joseph H. Kaiser (ed), *Planung I* (Nomos, 1965), 229 at 233; Ipsen, *op cit* n 13 *supra*, 128 *et seq*.

lost its persuasiveness, which is confirmed by the abolition of the specific goals of Articles 2 *et seq* EC by the Lisbon Treaty (Article 3 TEU-Lisbon). A principle-oriented approach seems a useful alternative.

The doctrinal constructivist endeavour appears to be particularly pressing with regard to European primary law. Its qualification as ‘constitutional chaos’ is probably its best-known description.²⁸ Of course the Treaty of Lisbon achieves a certain degree of systematisation, but it does not render futile academic efforts. Moreover, this principle-oriented scholarship does not only deal with primary law. The process of constitutionalisation requires that the constitution ‘permeate’ all legal relationships.²⁹ A respective constitutional arrangement of the secondary law material demands a doctrinal constructivism for which, as the national examples show, constitutional principles and in particular single fundamental rights are indispensable. Numerous secondary law instruments downright call for this as they are to be interpreted in the light of founding principles, especially single fundamental rights, according to their recitals. Accordingly, the ECJ uses the conformity with primary law as a method of interpretation.³⁰ The Charter of Fundamental Rights confirms this constitutionalisation, conveying a constitutional dimension to numerous interests.

All this requires a sustainable concept of doctrinal constructivism. A doctrinal construct can only propose *one* and not *the* system of positive law. In the past, a *system* was often crypto-idealistically believed to be inherent in the law and was sometimes *dogmatically* advanced as the single truth. This academic programme has been characterised as undemocratic or elitist;³¹ this criticism needs to be accommodated. In the light of this criticism, contemporary endeavours should be directed towards the more humble goal of proposing means to arrange the legal material and develop the law. Hardly any legal scholar still maintains today that doctrinal constructs reflect a pre-stabilised logical unity of the primary law or the *one* philosophy of integration of the Treaties. In particular, a constitutional doctrine must furthermore be aware of the danger of over-determining the political process. An awareness of the limits of the aca-

28 Deidre Curtin, ‘The Constitutional Structure of the Union’, (1993) 30 *Common Market Law Review* 17–69 at 67; the term was coined by Jürgen Habermas, *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1985.

29 For an early account, see G.F.W. Hegel, *Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1821, ed Moldenhauer and Michel from 1970, § 274.

30 Case C-314/89, *Rau* [1991] ECR I-1647, para 17; Case C-98/91, *Herbrink* [1994] ECR I-223, para 9; Cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01, *ORF* [2003] ECR I-4989, para 68; Case C-540/03, *Parliament v Council* [2006] ECR I-5769, paras 61 *et seq*, 104 *et seq*.

31 Seminal Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Aalen, Scientia Verlag, 2nd reprint of the 2nd edn of 1929, 1981), 23; *ibid*, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Aalen, Scientia Verlag, 2nd reprint of the 2nd edn of 1928, 1981); Michelle Everson, ‘Is it just me, or is there an Elephant in the Room?’, (2007) 13 *European Law Journal* 136–145; Jo Murkens, ‘The Future of Staatsrecht’, (2007) 70 *The Modern Law Review* 731–758.

demic claim to truth is especially necessary for constructions based on principles, due to the openness of the stock of principles in general, to the semantic openness of single principles, to the openness of which principle prevails in cases of conflict.³² Similarly reduced are the expectations as to what a system can concretely accomplish in the operation of the law. A doctrine of principles as the result of doctrinal construction can moreover not be identical with legal practice. This is no insufficiency but rather proof of the critical content of a doctrinal construction. The project of a critical legal scholarship can also be pursued with doctrinal instruments.

2.2.2 *The Role of Legal Doctrine for Legal Practice*

In the above-quoted statement by the Supreme Court of Canada, principles not only generate insight through order but also supply arguments for a creative application of the law. This practical orientation is also a feature of *doctrines* of principles, legal scholarship being a primarily practical (social) science according to the prevailing opinion. Principles have diverse functions in the application of the law.

Frequently, principles increase the number of arguments which can be employed to debate the legality of a certain act. In this respect, they can be described as *legal principles* which transcend *structural principles*. By enlarging the argumentative budget of the legal profession, principles strengthen its autonomy vis-à-vis the legislative political institutions. This happens mostly via a principle-oriented interpretation of a relevant norm, be it of primary or secondary law.³³ By employing principles, the onus of demonstration is often placed on the person arguing against the principle.³⁴ Sometimes, however, the ECJ makes things too easy: by simply characterising a provision as a principle it sometimes attempts to justify its wide interpretation and the narrow interpretation of a contradictory norm.³⁵ This is not convincing methodically, therefore, further

32 Concerning discourses of application, see Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988, 300.

33 Concerning the principle-orientated interpretation of primary law, see Cases C-402/05 P and C-415/05 P, above n 8, para 303; further Case C-50/00 P, *Union de Pequeños Agricultores v Council* [2002] ECR I-6677, para 44; Case C-354/04, *Gestoras Pro Amnistía et al v Council* [2007] ECR I-1579, paras 51 *et seq*; Case C-355/04, *Segi et al v Council* [2007] ECR I-1657, paras 51 *et seq*; concerning the principle-orientated interpretation of secondary law, see Case C-540/03, *Parliament v Council* [2006] ECR I-5769, paras 70 *et seq*; Case C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* [2007] ECR I-5305, para 28.

34 For an instructive case, see Case C-361/01 P, *Kik v HABM* [2003] ECR I-8283, para 82, where the ECJ rejects a principle; on this, see Franz Mayer, 'Europäisches Sprachenverfassungsrecht', (2005) 44 *Der Staat* 367–401 at 394; this article at the same time demonstrates how legal principles can be generated by legal scholarship.

35 Eg the principle of a common market: Case 7/61, *Commission v Italy* [1961] ECR 317 at 329; Case 113/80, *Commission v Ireland* [1981] ECR 1625, para 7.

arguments are necessary.³⁶ At times, a principle even becomes a legality standard of its own.³⁷ A doctrine of principles must examine the relevant patterns of argumentation and develop general aspects and new understandings. The wide range of application of principles and their validity in different legal orders for instance allows for the generalisation of innovative local strategies to concretise principles. Yet at the same time, legal scholarship should highlight the costs of such an autonomisation, for example in light of the principle of democracy.

Finally, it should be noted that there is one function that a legal doctrine of principles *cannot* usually fulfil: to delimit right and wrong in a concrete case. This is a result of the general vagueness of principles; the conflict usually arising when different principles are applied to concrete facts is another reason. The solution to a conflict of principles cannot be determined either scientifically or legally, it can only be structured.

2.3.2 Maintenance and Development of a 'Legal Infrastructure'

The constructive and the practical element converge in a function of doctrinal constructivism which can be labeled as 'maintenance of the law as social infrastructure'. First of all, this refers to the creation and safeguarding of legal transparency,³⁸ which is of particular importance in the EU's fragmented legal order. Furthermore, the 'infrastructure maintenance' function of legal scholarship is not static but demands participation in the development of the law to keep it in line with changing social relationships, interests and beliefs. In this respect, principles can fulfil the function of 'gateways' through which the legal order is attached to the broader public discourse. This attachment is of particular importance for the EU's primary law, given the ponderousness of the procedure of Article 48 EU. For this reason too, doctrinal work should not be restricted to the analysis of the positive law but also aim at its propositive development.

Constitutional principles enable an internal critique of the positive law, the pronouncement of which is a core function of constitutional law scholarship and which aims at the development of the positive law, be it via the jurisprudential or the political process. They promote the transparency of legal argumentation, are gateways for new convictions and interests, can be agents of universal reason against local rationalities. This criticism differs from general political criticism since it is phrased in legal terms, is closely connected to the previous operation of the law and can thus be absorbed by the law more easily. Title I

36 Karl Larenz and Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1995, 175 *et seq*; convincing Appellate Body, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), para 104.

37 For more detail, see Tridimas, *op cit* n 2 *supra*, 29 *et seq*.

38 Schuppert and Bumke, *op cit* n 19 *supra*, 40.

of the EU Treaty in its previous as well as in the Lisbon version calls for such a critique due to its manifesto character.

2.3 Perspectives of Legal and Integration Policy

Principles enable an autonomous legal discourse, strengthen the autonomy of courts vis-à-vis politics and allow for an internal development of the law which circumvents Article 48 EU. Is this acceptable in light of the principle of democracy? The answer to this question has to distinguish between jurisprudence and legal scholarship. For the latter, it needs to be kept in mind that doctrinal constructions are no source of law but are only of propositive nature. Moreover, legal scholarship can invoke academic freedom,³⁹ and thus far Max Weber's insight that only a conceptualised and thus rationalised legal order can adequately structure social and political processes in complex societies has not been refuted. From this follows a functional legitimisation of this academic approach.⁴⁰ Nevertheless, legal scholarship should not be blind to the possible consequences of its constructions. Particular attention needs to be paid to the *problématique* of the development of the law through judicial practice, courts being the most important addressees of doctrinal constructivism.

Regarding the use of principles by courts, it needs to be noted that all contemporary law is *positive law*. Positivity implies the domain of politically responsible bodies:⁴¹ the law is made by the legislator or is—in common law systems or other cases of judicial development of the law—under his responsibility; the legislature can correct a legal situation resulting from judicial development of the law.⁴² The judicial development of a body of law which can only be modified by the legislator under qualified requirements is thus critical and a standard topic of constitutional scholarship.⁴³ However, it is generally recognised that some judicial development of the law flows from and is justified by the assignment given to courts to adjudicate; it is mostly its limits which are being de-

39 Compared to the German Basic Law (*Grundgesetz*), its protection on the European level is not as far-reaching, see Jean-Christophe Galloux, in Laurence Burgogues-Larsen *et al* (eds), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Brussels, Bruylant, 2005, vol II, Art II-73, para 12.

40 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1972, 825 *et seq.*

41 Ernst-Wolfgang Böckenförde, 'Demokratie als Verfassungsprinzip', in *ibid* (ed), *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, 289 at 322.

42 Concerning common law, see Patrick S. Atiyah and Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon, 1991, 141 *et seq.*

43 Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962; for a study of comparative law see Ulrich Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998; on the ECJ from an internal perspective, see Klaus-Dieter Borchardt, 'Richterrecht durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften', in Albrecht Randelzhofer *et al* (eds), *Gedächtnisschrift für Professor Dr. Eberhard Grabitz*, München, Beck, 1995, 29.

bated.⁴⁴ Accordingly, the ECJ outlines its competence to develop the law with respect to the Treaty amendment procedure.⁴⁵

Another argument for the legal conceptualisation of political and social conflicts as conflicts of principles is that this may lead to their channelling and perhaps even rationalisation. Moreover, principles can play a supporting role for democratic discourses.⁴⁶ In addition, a judicial decision which employs the balancing of principles is more intelligible for most citizens than a 'legal-technical' reasoning phrased in hermetic language which obscures the valuations of the court. To devise legal controversies as conflicts of principles allows for a politicisation which should be welcomed in light of the principle of democracy, since it promotes the public discourse on judicial decisions.

Principles such as primacy and direct effect form the key to the constitutionalisation of the Community law.⁴⁷ If the discussion on founding and constitutional principles is nevertheless a rather recent phenomenon, this is to be explained by the history of integration. The path to integration has not been constitutional, but rather functional. The objectives were determined by the Treaties with sufficient clarity, allowing the European discourse to unfold in a pragmatic and administrative manner, unburdened by politic-ethical arguments.⁴⁸ This orientation decisively influenced the jurisprudential construction. The federal conception failed to gain a larger following in legal scholarship; economic law approaches and administrative law approaches were—at least in Germany—much more successful. The ECJ only slowly developed principles limiting the power of the Community.⁴⁹ As late as 1986, Pierre Pescatore ascertained that although the principles of proportionality, good administration, legal certainty, the protection of fundamental rights or defence rights existed, they amounted to '*peu de chose*', '*où on peut mettre tout et son contraire*'.⁵⁰ This was to change profoundly. Due to the single market programme and the Maastricht Treaty, the debate about European founding and constitutional

44 On judicial development of the law by the ECJ, see *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 75, 223 at 243.

45 However only in those cases where the denial of a proposed judicial development of the law seemed to suit the court well, Opinion 2/94, *EMRK* [1996] ECR I-1759, para 30 and Case C-50/00 P, *op cit* n 33 *supra*, para 44; Case C-263/02 P, *Commission v Jégo-Quéré* [2004] ECR I-3425, para 36.

46 Larry Siedentop, *Democracy in Europe*, London, Allen Lane, 2000, 100.

47 Seminal Eric Stein, 'Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution', (1981) 75 *American Journal of International Law* 1–27.

48 On the different formations of discourses see Habermas, *op cit* n 16 *supra*, 159 *et seq.*

49 Pierre Pescatore, *Le droit de l'intégration*, Leiden, Sijthoff, 1972, 70 *et seq.*; Helmut Lecheler, *Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971.

50 Pierre Pescatore, 'Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire', in *ibid* (ed), *Études de droit communautaire européen 1962–2007*, Brussels, Bruylant, 2008, 691.

principles unfolded quickly.⁵¹ It resulted in Article 6 of the Amsterdam Treaty of 1997 (Article 2 TEU-Lisbon) which forms the most important positive basis of European founding principles.

Lastly, the role of a doctrine of principles in promoting a common understanding of the EU among its citizens and the formation of a European background consensus on the operation of the European institutions shall be outlined. Certainly, a doctrine of principles developed by legal scholarship cannot directly trigger the creation of an identity for broad parts of the population.⁵² Yet it can be understood as a part of a public discourse through which the European citizenry ascertains the foundations of its polity.

In this discourse on the politics of integration, principles can assume an ideological function. A depiction of the EU in the light of principles certainly has such a potential.⁵³ The Treaty of Lisbon is problematic in this respect as it presents the founding principles of the EU as 'values' and thus as an expression of the ethical convictions of EU citizens (Article 2 TEU-Lisbon). A legal doctrine of principles should be based on a better foundation than sociological assumptions regarding normative dispositions of EU citizens and should indicate the difference between law and ethics in light of the freedom principle.⁵⁴ Value discourses can easily acquire a paternalistic dimension.

3 CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND FOUNDING PRINCIPLES

3.1 Principles in European Law

The authors of the Treaties⁵⁵ like the term 'principle': it is employed remarkably frequently in most language versions. The English and the French versions

51 Jochen A. Frowein, 'Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien', in Arthur Kaufmann *et al* (eds), *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1988, 149–158; Jörg Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Brussels, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, 183 *et seq*; Joseph H.H. Weiler, 'European Neo-Constitutionalism', (1996) 44 *Political Studies* 517–533.

52 Franis G. Snyder, 'Editorial: Dimensions and Precipitates of EU Constitutional Law', (2002) 8 *European Law Journal* 315–318.

53 Koen Lenaerts, 'In the Union We Trust', (2004) 41 *Common Market Law Review* 317–343.

54 Erhard Denninger, 'Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung', in *ibid* (ed), *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990, 143–157 at 149. Illuminating the comparison with the US debate concerning *rights theory* versus *moral conventionalism*, see Paul Brest, 'The Fundamental Rights Controversy', (1981) 90 *Yale Law Journal* 1063–1109.

55 The term 'authors of the Treaties' characterises the Member States as a collective under Art 48 EU. On the term 'founding authority of the Community', see Case T-28/03, *Holcim v Commission* [2005] ECR II-1357, para 34; Case T-172/98, *Salamander et al v Parliament and Council* [2000] ECR II-2487, para 75.

of the previous version of the EU Treaty use it 22 times, those of the EC Treaty 48 times, according to the Treaty of Lisbon even 98 times altogether, and the Charter of Fundamental Rights employs 'principle' 14 times in its English and French versions. The context in which this term is used ranges from the principle of democracy (Article 6 EU-Nice) to the principles of national social security systems (Article 153 (4) TFEU); some principles are even to be laid down by the Council (Article 291 TFEU). In the German version, the word 'principle' appears far less frequently, only three times in the previous version of the EU Treaty and four times in the EC Treaty, mostly in connection with the subsidiarity principle. This atrophy of principles in the German version is due to the fact that instead of the English 'principle' or the French '*principe*', the German word '*Grundsatz*' is used; this also holds true for the German version of the Charter of Fundamental Rights.

The use of the word 'principle' in the Treaty text has attributive character. The Treaty maker thus assigns enhanced significance to the relevant element or even to whole provisions and provides orientation to the reader in a text which is difficult to penetrate. At the same time, a *principle* usually lays down *general* requirements, eg in Article 6(1) EU-Nice or Article 71(2) EC. The notion characterised as *principle* shall make statements on a *whole*, insofar as having a reflexive connotation. Furthermore, the Treaty maker often identifies as *principles* elements of a provision with a rather vague content, as even the principles for single topics such as those of Article 191(2) TFEU or Article 317 TFEU show.

In his influential theory, Alexy distinguishes between principles and rules and characterises the former as being optimisation commands which are subject to balancing.⁵⁶ This may be the reason why the Legal Service of the Council identifies the primacy of Community law in the German version as a 'fundamental pillar' in order to render it immune to balancing, whereas the English version uses the term 'cornerstone principle'.⁵⁷ However, the categorical differentiation between rules and principles underlying this theory is not altogether convincing and will not be used in this article to characterise principles.⁵⁸

The qualification as principle as such does *not* trigger specific legal consequences. This can be demonstrated especially clearly by comparing Articles 23 and 52(5) of the EU Charter of Fundamental Rights. The equality imperative of Article 23 of the Charter is an enforceable principle of Community

56 For more detail, see Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, 75 *et seq.*

57 European Council, Opinion of the Legal Service, Council Doc 11197/07, see further F. Mayer, 'Die Rückkehr der Europäischen Verfassung?', (2007) 67 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1141–1217 at 1153; concerning primacy as a principle, see Matthias Niedobitek, 'Der Vorrang des Unionsrechts', in *ibid et al* (eds), *Continuing the European Constitutional Debate*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 63–104 at 65 *et seq.*

58 András Jakab, 'Prinzipien', [2006] *Rechtstheorie* 49–65.

law.⁵⁹ Article 52(5) of the Charter, on the other hand, explicitly distinguishes between enforceable rights and principles. The presumption of a missing overarching conception of the authors of the Treaty is confirmed by the rather fortuitous assignment of attributes such as *guiding* (Article 119(3) TFEU), *existing* (Article 47(2) EC), *basic* (Article 67(5) EC), *uniform* (Article 207(1) TFEU), *fundamental* (Article 340(2) TFEU), *general* (Article 340(2) TFEU) or *essential* (Article 2 of the Protocol on the Financial Consequences of the Expiry of the Treaty Establishing the European Coal and Steel Community and on the Research Fund for Coal and Steel). One has to analyse individually for every single use of the word 'principle' what legal consequences are attached to the norm, especially with regard to legal remedies and judicial review.⁶⁰

The word 'principle' not only denotes a term of positive EU law but also of jurisprudential analysis. As explained in section 2.2, it is indispensable for the fulfilment of the tasks of legal scholarship. Nevertheless it is debated what exactly a 'principle' is; behind the term stand competing concepts of law.⁶¹ This is rightly so since the definition of a jurisprudential term is not about truth but about expediency in view of the scientific objective. This brings us to the founding principles.

3.2 The EU's Founding Principles and their Constitutional Character

This article uses *founding principle* as a term of legal scholarship in order to identify and interpret, in the tradition of constitutionalism, those norms of primary law having a normative founding function for the whole of the EU's legal order; they determine the relevant legitimacy foundations in view of the need to justify the exercise of public authority.⁶² In this respect, this understanding links up with the above-mentioned concept of principles in primary law: principles are special legal norms relating to the whole of a legal order. *Founding principles* as a sub-category express an overarching normative frame of reference for all primary law, indeed for the whole of the EU's legal order. This substantive conception of founding principles does not capture all norms

59 Settled case-law; cf Cases 117/76 and 16/77, *Ruckdeschel* [1977] ECR 1753, para 7.

60 For more detail, see Chris Hilson, 'Rights and Principles in EU Law', (2008) 15 *Maastricht journal of European and comparative law* 193–215 at 215.

61 Seminal Dworkin, *op cit* n 16 *supra*, 24 *et seq*; Alexy, *op cit* n 56 *supra*, 72 *et seq*; on the debate, see Riccardo Guastini, *Distinguendo: Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, 115 *et seq*; Maria Luisa Fernandez Esteban, *The Rule of Law in the European Constitution*, Hague, Kluwer Law International, 1999, 39 *et seq*; Martti Koskeniemi, 'General Principles', in *ibid* (ed), *Sources of International Law*, Aldershot, Dartmouth, 2000, 359.

62 On the term '*principe fondateur*', see Molinier, *op cit* n 2 *supra*, 24; for a similar view, see Dworkin, *op cit* n 16 *supra*, 22.

or elements of norms labelled *principle* in the Treaties or by the ECJ, but only a few provisions which are also called *founding principles* or *structuring principles* in national constitutions.⁶³

It is useful to understand the *founding* principles as *constitutional* principles and to deal with them accordingly.⁶⁴ The EU became a political Union in the 1990s. After long debates, in 1997 the authors of the Treaty founded the EU on 'the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law' and thus on the core programme of liberal-democratic constitutionalism. This implies a decision for constitutional semantics which is now to be elaborated by constitutional doctrine.⁶⁵ The normative content of the indicative mode 'is founded' in Article 6(1) EU and corresponds to that of the indicative mode 'is' in Article 20(1) of the German Basic Law (*Grundgesetz*).⁶⁶

A comparison with Article F of the EU Treaty in its Maastricht version illustrates the significance of the political decision of 1997. Article F is still formulated entirely from a limiting perspective underlying Article 6(3) EU right until today: Article 6(3) EU commits the EU to general principles of law which have no constitutive but only a *restrictive* function.⁶⁷ In 1997 the Treaty maker then laid down the normative core contents on which the EU is *founded* in Article 6(1) EU. In this respect, the constitutional content of the former Article 6(1) EU exceeds by far the constitutional dimension of the Maastricht Treaty. Now not only a restrictive, but also a constitutive European constitutionalism has found its recognition in positive law. The legal approach pursued here with its substantive notion of what a founding principle is spells out the political decision voiced in the Amsterdam Treaty that a European political Union is to be founded on the postulates of liberal-democratic constitutionalism.

Founding principles are thus the principles laid down in Article 6(1) EU-Nice (now Art. 2 TEU) as well as the other principles located in Title I EU regarding the allocation of competences, loyal cooperation and structural compatibility.

63 For more detail, see Horst Dreier, in *ibid* (ed), *Grundgesetz-Kommentar*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, vol II, Art 20 (Einführung), paras 5, 8; Franz Reimer, *Verfassungsprinzipien*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 26 *et seq.*

64 The ECJ too speaks of constitutional principles of the EC Treaty: Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *op cit* n 8 *supra*, para 285. Cf on this the reflections in the introduction.

65 Beutler, in von der Groeben and Schwarze (eds), *op cit* n 2 *supra*, para 1; Pedro Cruz Villalón, *La constitución inédita*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, 73, 143; Hans-Werner Rengeling and Peter Szczekalla, *Grundrechte in der Europäischen Union*, Köln, Heymanns, 2004, paras 92 *et seq.*

66 Art 6(1) EU is slowly becoming operative; on the principle-orientated interpretation of primary law, see Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *op cit* n 8 *supra*, para 303.

67 Molinier, *op cit* n 2 *supra*, 29; cf the principles discussed by Tridimas and Groussot, *op cit* n 2 *supra*.

This approach is confirmed by Title I TEU-Lisbon with regard to the founding principles of the federal relationship between the EU and its Member States. Other principles of primary law do not belong to these overarching founding principles but serve to concretise them and thus derive constitutional content from them.

The tenets laid down in Article 2 TEU-Lisbon, although denoted as ‘values’, are to be understood as legal norms and principles, as founding principles. Usually, principles are distinguished from values, the latter being fundamental ethical convictions whereas the former are legal norms. Since the ‘values’ of Article 2 TEU-Lisbon have been agreed upon in the procedure of Article 48 EU and produce legal consequences (eg Articles 3(1), 7, 49 TEU-Lisbon), they are legal norms, and since they are overarching and constitutive, they are founding principles.⁶⁸ The use of the term ‘value’ in Article 2 TEU-Lisbon instead of ‘principle’, the obscure normative function of the second sentence of this article as well as the differences between the diverse formulations of the posited values⁶⁹ illustrate the remaining uncertainties concerning the identification of European founding principles.

Due to its analytical nature, the qualification of a norm as founding principle does not mean that other understandings would be excluded. There are formidable analyses of the same principles eg as administrative principles.⁷⁰ The constitutional and the administrative approach overlap with regard to supranational public law. One may ask why this study legally qualifies the founding principles as constitutional principles, but does not *designate* them as such. First, this is in line with the judicature: until recently, the ECJ has used the term ‘constitutional principle’ only for constitutional norms of the Member States.⁷¹ In the *Kadi* decision, the term ‘constitutional principle’ figures prominently also with regard to Community law,⁷² underlining the innovative force of this judgment. More common so far, however, is the denomination as *founding principle*.⁷³ But most of all, to employ the wide term of ‘constitutional principle’ for the principles presented here as founding principles would challenge the con-

68 On the difficulty related to the concept of ‘values’ see section II C.

69 Compare the third recital of the preamble to the EU Treaty and Art 6(1) EU with Art 2 TEU-Lis and the second recital to the preamble to the EU Charter for Fundamental Rights.

70 Giacinto della Cananea, ‘Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali’, in *ibid* (ed), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2006, 1 at 17 *et seq.*

71 Case C-36/02, *Omega* [2004] ECR I-9609, para 12; Case C-49/07, *MOTOE* [2008] ECR I-0000, para 12. Occasionally, an Advocate General uses this term for the law of the EU, AG Kokott in Cases C-387/02, 391/02 and 403/02, *Berlusconi* [2005] ECR I-3565, no 163.

72 Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *op cit* n 8 *supra*, para 285.

73 Cases C-46/93 and C-48/93, *Brasserie du pêcheur* [1996] ECR I-1029, para 27; Case C-255/02, *Halifax* [2006] ECR I-1609, para 92; Case C-438/05, *International Transport Workers’ Federation* [2007] ECR I-10779, para 68; Case C-162/07, *Ampliscientifica* [2008] ECR I-0000, para 25.

stitutional character of other principles of primary law, something which is not the aim of this article.

In EU law, it has to be distinguished between principles, in particular founding principles, and objectives. The EU 'is founded' on principles (Article 6(1) EU-Nice, Article 2 TEU-Lisbon), and principles limit the actions of the Member States and the EU. Objectives, on the other hand, stipulate the intended effects in social reality. The conjunction of objectives and principles as for example in Article 3(1) TEU-Lisbon does not undermine this distinction. The separation of objectives of integration and constitutional principles is also suggested by the shortcomings of the functionalist approach to European integration.⁷⁴

3.3 Principles of Public International Law

International public law scholarship operates with the term 'constitutional principle', too,⁷⁵ and the question arises whether general principles of public international law or principles of individual Treaties, in particular the UN Charter, the Human Rights Covenants or the WTO Agreement, must be included in an analysis of the EU's founding principles. Article 3(5) TEU-Lisbon can be understood in this sense. Furthermore international Treaties stand above the derived law according to Article 216(2) TFEU; this also applies to general principles of international law.⁷⁶

However, a closer analysis of the jurisprudence shows that norms of international law, with the exception of the provisions of the European Convention on Human Rights,⁷⁷ do not play a decisive role for the exercise of public authority by the EU; consequently, they will not be addressed in this article. This basic decision is already expressed in the *Costa/ENEL* judgment: while the *Van Gend* judgment characterised the Community law as 'a new legal order of international law', ever since *Costa* the ECJ only speaks of a 'new legal order' *tout court*.⁷⁸ The prevailing understanding of European constitutionalism does not conceive of it as a sub-category of an overarching international constitutionalism.⁷⁹

74 See section II C.

75 Kadelbach and Kleinlein, *op cit* n 11 *supra*.

76 Case C-162/96, *Racke* [1998] ECR I-3655, paras 45–51.

77 Note the refusal of direct effect concerning the UN Convention on the Law of the Sea in Case C-308/06, *Intertanko* [2008] ECR I-0000, paras 42 *et seq.*

78 See Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *op cit* n 8 *supra*, para 316.

79 Jean d'Aspremont and Frédéric Dopagne, 'Two Constitutionalisms in Europe', (2008) 68 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 903–937.

4 UNIFORM FOUNDING PRINCIPLES IN VIEW OF HETEROGENEOUS PRIMARY LAW

4.1 Establishing Unity of Principle

The principles set forth in Title I EU are valid for the whole of EU law, i.e. the EU Treaty and the TFEU. Although this is unquestionable under Article 2 TEU-Lisbon, it was doubted under previous Treaties in particular with reference to the so-called 'pillar structure' of the Treaties (EC-Treaty, Title V and Title VI EU). In fact, Titles V and VI of the EU Treaty-Nice did not correspond in every respect to the so-called community method including supranationality, direct effect and comprehensive European judicial review. The special rules were an expression of important compromises in the context of the Treaty-making process which need to be taken seriously by legal scholarship. According to some scholars, however, the EU did not even exercise public authority. They maintained that 'in reality', the Member States and not the EU's organs operated under Title V and VI EU. Accordingly, a categorical differentiation would have to be made between Community law and the law of the EU. Acts of the Council under Title V and VI EU, for instance a framework decision, would not be acts of the EU, but an international agreement between the Member States.⁸⁰ An overarching doctrine of principles would thus be rather nugatory.⁸¹

There were, however, good reasons for conceiving the EU as one body of public authority and the law of the EU Treaty and that of the Community Treaties as a single legal order, delimiting it from the legal orders of the Member States on the one hand and from international law on the other hand. First of all, the organisational fusion shall be outlined. Since 1994, it was always the Council of the European Union which was named as the legislative organ in the legal acts under Title V and VI EU, never the Member States. Moreover, this unity was explicitly mandated for the founding principle of fundamental rights protection (Article 46(d) EU-Nice)⁸² and could furthermore be based on provisions such as Article 1 or Articles 48 *et seq* EU-Nice.⁸³ Seen in this light, it is only consist-

80 Andreas Haratsch, Christian König and Matthias Pechstein, *Europarecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, paras 79, 83; in the same vein, see also *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 113, 273 at 301.

81 Matthias Pechstein, in Rudolf Streinz (ed), *EUV/EGV*, München, Beck, 2003, Art 6 EU, para 2 *et seq*.

82 Concerning the uniformity of standards, see Case C-303/05, *Advocaten voor de Wereld* (European Arrest Warrant) [2007] ECR I-3633, para 45.

83 For more detail, see Armin von Bogdandy, 'The Legal Case for Unity', (1999) 36 *Common Market Law Review* 887–910; along similar lines, see Hermann-Josef Blanke, in Calliess and Ruffert (eds), *op cit* n 2 *supra*, Art 3 EU, paras 1, 3; Christoph Stumpf, in Jürgen Schwarze (ed), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2008, Art 3 EU, para 1.

ent that the ECJ expanded the scope of Community law principles to cover legal acts under Titles V and VI EU.⁸⁴

The assumption of legal unity of EU law could also be justified through the principle of coherence which itself is based on the principle of equality. It constitutes the vanishing point for academic system-building—and thus unity-building—and enables a critique inherent to the law of diverging logics of regulation and lines of jurisprudence. It finds its positive foundations in the equality principle (Article 20 of the Charter) and provisions such as Articles 3(1) EU-Nice (13(1) TEU-Lisbon), 225(2) and (3) EC (256(2) and (3) TFEU.

4.2. Limits of a Unitarian Approach

Coherence is no principle with general primacy; there may be good reasons for divergence.⁸⁵ Assuming the legal unity of the EU's legal order does not amount to maintaining that the positive constitutional law or even the jurisprudence relating to it form a harmonious whole. The assumption of a legal order of the EU which included Community law as its main part thus does not deny the fact that a number of legal instruments of Community law could not be applied at all or only with restrictions under Titles V and VI EU. The general assertion is that Community law principles could be applied if this was compatible with the specific rules of the EU Treaty. Although the Treaty of Lisbon offers considerable progress regarding systematisation and reduces this fragmentation,⁸⁶ it does not overcome it, as the Protocol on the application of the Charter of Fundamental Rights to Poland and to the United Kingdom illustrates.⁸⁷

Even under the premise of a uniform *validity* of the founding principles, the question arises whether this corresponds to a uniform *meaning* in the various areas of EU law. For instance, the dual structure for democratic legitimisation through the Council and Parliament only exists under the competences of the

84 For more detail, see Koen Lenaerts and Tim Corthaut, 'Towards an Internally Consistent Doctrine on Invoking Norms of EU Law', in Sacha Prechal and Bert van Roermund (eds), *The Coherence of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 495–531; Thomas Giegerich, 'Verschmelzung der drei Säulen der EU durch europäisches Richterrecht', (2007) 67 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 351–383. However, the ECJ occasionally describes EU and EC law as 'integrated but separate legal orders', see Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *op cit* n 8 *supra*, para 202.

85 For more detail, see Filomena Chirico and Pierre Larouche, 'Conceptual Divergence, Functionalism, and the Economics of Convergence', in Prechal and van Roermund (eds), *ibid*, 463–495.

86 Rudolf Streinz *et al*, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, München, Beck, 2008, 33 *et seq*.

87 For suggestions on how to deal with this situation, see Dougan, *op cit* n 7 *supra*, 665 *et seq*; it is not that exceptional, see Alexander Hanebeck, 'Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber', (2002) 41 *Der Staat* 429–451.

TFEU, and judicial review by the ECJ, paramount for the rule of law principle, is limited or even precluded in important domains.

This gives rise to doubts about the usefulness of an overarching doctrine of principles. It might even nurture the suspicion that a doctrine of principles is not the product of scholarly insight, but rather a policy instrument for more integration and federalism. Yet these doubts and suspicions are unfounded. As the principles set forth in Article 6 EU-Nice (Article 2 TEU-Lisbon) applied to all areas of EU law, an overarching doctrine of principles built thereupon encompassing the entire primary law was a logical consequence. Article 6 EU essentially required its own expansion into a general doctrine of principles.⁸⁸ Article 6(1) EU declared that the EU is 'founded' on these principles; this contains an ambitious normative programme. The EU Treaty can therefore even be interpreted as a constitution stipulating criteria for the detection of deficits and guidelines to overcome them.⁸⁹

An overarching doctrine of principles is thus possible. This basic objection being defeated, it might nevertheless appear problematic, in view of the fragmentation within primary law, to determine which provisions may be understood as concretising abstract principles. Theoretically, both the co-decision procedure under Article 294 EC as well as the Council's autonomous decision-making competence under the requirement of unanimity can be understood as realisations of the principle of democracy. This article, however, maintains that the supranational standard case, also called the *Community method*,⁹⁰ can justifiably be used for the development of a doctrine of EU principles. The Treaty of Lisbon confirms this thesis with the introduction of an 'ordinary legislative procedure' in Article 289 TFEU.⁹¹ In general it is to be expected that under the Treaty of Lisbon, the founding principles of Article 2 TEU-Lisbon will be concretised in light of the enunciations of the EU Treaty, and that diverging rules in the TFEU will be treated as exceptions. In particular, in its Lisbon version, the EU Treaty contains elements of a manifesto-constitution which is executed by the Treaty on the Functioning of the European Union only inchoately. The

88 A similar concern can be found in Art 23(1) of the German Basic Law which secures the structural integrity.

89 Armin von Bogdandy, 'The Prospect of a European Republic', (2005) 42 *Common Market Law Review* 913–941 at 934 *et seq.*

90 Thus labelled in the Treaty establishing a Constitution for Europe; on this, see Christian Callies, in *ibid* and Matthias Ruffert (eds), *Verfassung der Europäischen Union*, München, Beck, 2006, Art I-1 VVE, paras 47 *et seq.*; on the community method, see Jürgen Bast, 'Einheit und Differenzierung der Europäischen Verfassung', in Becker *et al* (eds), *op cit* n 10 *supra*, 34–60 at 52 *et seq.*

91 In the same vein, see Case C-133/06, *Parliament v Council* [2008] ECR I-0000, para 63; concerning the new differentiation between parliamentary (co-) legislation and bare law-making; pathbreaking Koen Lenaerts, see for instance Sénat et Chambre des représentants de Belgique (eds), *Les finalités de l'Union européenne*, Brussels, Conseil, 2001, 14 at 15.

legal treatment of the resulting tensions should be guided by principles, even more so as specific rules are hardly available. The further constitutionalisation of Europe demands the normative illumination of the new EU Treaty, especially of its Titles I and II, and the development of hermeneutic and legal-political strategies for its implementation.

An understanding in the tradition of European constitutionalism as advocated here will strive to expand the idea underlying the EU Treaty in its Lisbon version of a representative constitution with separation of powers and fundamental rights protection to all areas and protocols. It will however *not* strive to expand the competences of the EU at the expense of the Member States or to override specific rules. An overarching doctrine of principles must not downplay sectoral rules which follow different rationales. To do otherwise would infringe upon an important founding principle: Article 4(2) EU in conjunction with Article 48 EU clearly shows that the essential constitutional dynamics are to remain under the control of the respective national parliaments.⁹² An argumentation based on principles uncoupled from the concrete provisions of the Treaties would misunderstand essential elements of the EU's constitutional law: The EU Constitution is a constitution of details; this corresponds to the heterogeneity of its political and social basis.⁹³ The plethora of details expresses this diversity, but also the Member States' mistrust and desire for control.

5 OUTLOOK

This article has attempted to show that the principles of Article 2 EU (previous Article 6(1) EU-Nice) can be understood as constitutional principles and that a constitutional legal discourse based thereon is viable both from a theoretical and a technical legal point of view. It further confirms understanding and approaching ethical, political or economic conflicts as conflicts of principles, as this can serve to further one's insight and help to solve such conflicts.⁹⁴

92 Opinion 2/94, *op cit* n 45 *supra*, paras 10 *et seq*; Case C-376/98, *Germany v Parliament and Council* [2000] ECR I-8419.

93 Jean-Clause Piri, *The Constitution for Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 59. This certainly does not exclude streamlining and abstractions at many points, see Bruno De Witte, 'Too Much Constitutional Law in the European Union's Foreign Relations?', in M. Cremona and *ibid* (eds), *EU Foreign Relations Law*, Oxford, Hart, 2008, 3–15 at 7.

94 In the tradition of critical legal studies, such an approach is suspected of being Ideology, on this, see Günther Frankenberg, 'Der Ernst im Recht', [1978] *Kritische Justiz* 281–307; *ibid*, 'Partisanen der Rechtskritik', in Sonja Buckel *et al* (eds), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2006, 97–116; Duncan Kennedy, *Critique of Adjudication*, London, Harvard University Press, 2003; *ibid*, 'The Structure of Blackstone's Commentaries', (1979) 28 *Buffalo Law Review* 209–382; Roberto M. Unger, 'The Critical Legal Studies Movement', (1983) 96 *Harvard Law Review* 561–675.

However, it must be noted that legal principles cannot provide scientific solutions for such conflicts. This, however, does not rule out principle-based *proposals* for solutions by scholars who, owing to their systematic appreciation and their being unencumbered by the pressures of practice, have a specific role in the respective legal discourses.

Author's short biography

Armin von Bogdandy is a director of the Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law in Heidelberg and professor of public law, EU law and legal philosophy at the Johann-Wolfgang-Goethe University in Frankfurt/Main. Currently he has been appointed Senior Emile Noel Fellow at the New York University Global Law School for the period of 2010-2015. He is a member of the Scientific Committee of the EU Fundamental Rights Agency and president of the OECD Nuclear Energy Tribunal.

Vittorio Villa

Pragmatično usmerjeni nauk o pravnem razlaganju

Izhajajoč iz dinamičnega pristopa k razumevanju tvorbe pomena avtor v tej izvirni, za *Revus* napisani razpravi izgradi pragmatično usmerjeni nauk o pravnem razlaganju. Ta se odmika tako od formalističnih kot protiformalističnih pogledov, saj je v skladu z njim razlaganje hkrati »odkrivanje« nekaterih pomenskih ravni in »ustvarjanje« drugih. Pomen vsakršnih (tudi pravnih) izrazov ali stavkov je torej obravnavan kot nekaj stopnjevitega, oblikovanega na več ravneh. Obenem vključuje znotraj-jezikovno razsežnost (smisel) in razsežnost razmerja »jezik-svet« (nanosnik). Pomen nikoli ni proizveden hipoma in v celoti, ampak je oblikovan postopno, po korakih. Pri tem je za dokončno izoblikovanje pomena bistveno upoštevati kontekst ali pomenotvorne okoliščine. Te so vedno podane šele z resničnim ali namišljenim (tj. vzorčnim) primerom, v zvezi s katerim razlagamo neko pravno določilo. Zato je (ob avtorju) sodnik kot razlagalec besedila nujni sooblikovalec njegovega pomena. Razpravo je iz angleščine prevedel Tilen Štajnpihler.

Ključne besede: pravno razlaganje (interpretacija); formalistični, proti-formalistični, mešani in pragmatično usmerjeni nauk o razlaganju; statični in dinamični nauk o pomenu; smisel, nanosnik (referenca), kontekst (pomenotvorne okoliščine)

1 OSREDNJA VLOGA RAZLAGANJA V SODOBNIH PRAVNIH NAUKIH

Danes je razlaganje bolj kot kadar koli prej v središču pozornosti vseh najpomembnejših smeri sodobnega pravoznanstva (na primer analitičnega pravnega nauka in pravne hermenevtike). Res je, da je bilo razlaganje vedno obravnavano kot *nujna* in *predhodna* prвина »običajnega« dela sodnikov in pravnikov, vendar je bila – čeprav velikega pomena – v tradicionalnih pravnih naukih na splošno obravnavana kot »obrobna tema«. Če primeroma pogledamo v delo Kelsna, v preteklem stoletju vsekakor vodilnega predstavnika normativne smeri pravnega pozitivizma, vidimo, da je v njegovem glavnem delu pravno razlaganje obra-

vano v zadnjem poglavju.¹ Po tem, torej, ko so že bili obravnavani in razrešeni vsi problemi, ki so bistveni za Kelsnov pravni nauk: to so problemi, povezani z prepoznavanjem in pripisovanjem veljavnosti pravnim normam znotraj reda, ki jih zaobjame v celoto. Za Kelsna, skratka, so predmet razlaganja norme, katerih veljavnost je bila (v luči kategorije pravne veljavnosti) že potrjena neodvisno od razlaganja; zato razlaganje ni del postopka, v katerem nastajajo pravne norme.

Drugače je danes, ko so nekatera najpomembnejša dela v pravoznanstvu izoblikovana prav kot nauki o razlaganju; razlaganje postavljajo v središče svoje obravnave. Takšna sta na primer Dworkinov² in MacCormickov³ nauk. V teh delih razlaganje ni več le eden od sklepnih, čeprav nujno potrebnih sestavin pravnega nauka, ki se je pred tem oblikoval z obravnavanjem drugih pojmov. Razlaganje ni več obravnavano kot predhodna sestavina. Nasprotno, v razmerju z drugimi sestavinami pravnega nauka predstavlja logično prednostno prvino. Pri tem je treba opozoriti, da ne gre za količinski vidik. Kot pravita Viola in Zaccaria,⁴ ne gre toliko za to, da bi poglavje o razlaganju postalo obsežnejše, temveč za to, da postane nauk o razlaganju temelj za opisovanje samega prava. Z drugimi besedami: preučevanje razlaganja vstopi v igro natanko takrat, ko se soočimo s problemi samega obstoja prava in njegove veljavnosti.

Na tem mestu bi rad opozoril na nekaj razlogov, ki utemeljujejo spremembo vloge razlaganja v sodobnih pravnih naukih. Izpostavil bom tri osnovne razloge. Prvi razlog je *pravnofilozofskega*, drugi *institucionalnega* in tretji *teoretičnega* značaja.

Prvi, pravnofilozofski razlog je povezan (tako v analitični kot v hermenevitični smeri) s širjenjem pravnega pojmovanja, ki bi ga lahko ustrezno označili kot »nauk o pravu kot družbeni praksi«. To pojmovanje je močno kritično do *objektivističnega* pojmovanja, ki je prevladovalo do šestdesetih let 20. stoletja. V skladu s tem pojmovanjem pravna pravila niso neke *predmetne danosti* (bodisi normativne bodisi dejanske), ki bi jih bilo mogoče opisati. Ne gre za stvarino, ki logično obstaja neodvisno od različnih dejavnosti (razlaganje, koriščenje, uporaba) ki se bodo naknadno nanašale nanjo. Nasprotno, za pristop, ki gleda na pravo kot na *družbeno prakso*, pravna pravila (v strogem pomenu) obstajajo le, če so umeščena v *normativno družbeno prakso*. To pomeni, da obstajajo, le v kolikor jih kot osnovo za kritiko, utemeljevanje in tako naprej razlagajo, koristijo,

1 Glej Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Dunaj, Franz Deuticke, 1960, 8. poglavje. (Prva izdaja iz leta 1934 tudi v slov. prevodu Amalije Maček, *Čista teorija prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba (Pravna obzorja), 2005.)

2 Glej Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986; ital. prevod *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989.

3 Glej Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978; ital. prevod *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 2001.

4 Francesco Viola, Giuseppe Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, Laterza, 1999, v.

uporabljajo, omenjajo, razumejo člani *skupnosti, ki se ravna po pravilih*,⁵ med katerimi mnogi privzamejo pogled od znotraj⁶ (tj. »kritično-refleksivni« odnos do sprejetih pravil).

Drugi razlog je *institucionalnega* značaja. Izraz uporabljam z namenom poudariti dejstvo, da je omenjeni razlog povezan z dandanašnjim oblikovanjem naših ustanov in s tem pravnega reda, ki prevladuje v zahodnih državah in ga poznamo kot *ustavno pravno državo*. Iz tega zornega kota je mogoče opaziti, da obstoj novega institucionalnega vzorca izpodbija tradicionalno predstavo o formalnem značaju pravne veljavnosti. Danes smo vse bolj prepričani, da so (tudi) vsebinske prvine del opredeljevanja pojma pravne veljavnosti. In prav v postopku preverjanja *vsebinske veljavnosti* pravne norme igra pomembno vlogo pravno razlaganje. Ravno z razlaganjem (naj bo to razlaganje vpletenih ustavnih načel ali norm, o ustavnosti katerih razpravljamo) je mogoče potrditi ali ovreči vsebinsko skladnost zakonske norme z ustavnim načelom. Vendar je treba poudariti, da pri tem ostajamo na stališču, da je razlaganje odločilna prvina postopka, v katerem norme pridobijo svoj normativni obstoj prav s pridobljeno lastnostjo veljavnosti. Ta je – v skladu z predlogi najnovejših naukov – pridobljena na dinamičen način, in ne več »hipoma in v celoti«.⁷

Tretji razlog ima bolj poudarjen *teoretični* značaj. Gre za precejšnjo razširjenost teze o ločevanju med *pravnimi stavki* in *pravnimi normami*. Iz tega zornega kota pomen ne pripada kar čudežno stavku, s katerega se razlaganje začne, temveč je plod razlagalne dejavnosti, katere izid je pravna norma. Pravne norme so torej v primerih, kadar so vsebovane v stavkih, ki jih je izrecno oblikoval zakonodajalec, šele možni pomeni teh zakonskih določb.⁸

Če sprejmemo to osnovno teoretično predpostavko, potem se priznanje, da ima razlaganje temeljni pomen, zlije s tem, da se razlagalni dejavnosti, ki jo neposredno izvaja sodstvo (in posredno pravna znanost), pripiše neodtujljivo proizvodno in ustvarjalno vlogo. Osrednja misel pri tem je, da so pri pripravi normativnih sporočil, naslovljenih na državljane, sodniki poklicani *sodelovati* z zakonodajalcem, saj brez razlagalnega poseganja sodstva ta sporočila niso popolna. Iz tega zornega kota je pravnemu razlaganju torej lastna neka ustvarjalna vloga, ki je ni mogoče zanikati.

5 O tem glej mojo knjigo Vittorio Villa, *Il positivismo giuridico. Metodi, teorie e giudizi di valore*, Torino, Giappichelli, 2004, 79–82, 146–152, 196–197.

6 Ta slavni pojem je vpeljal Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), 2. izdaja z dodatkom, Oxford, Clarendon Press, 1994; ital. prevod *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, 67–70, 105–108. (Prva izdaja tudi v slov. prevodu Jelke Kernev Štrajn, *Koncept prava*, Ljubljana, ŠOU, 1994.)

7 O tem glej dinamični nauk o pravni veljavnosti: Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989, 97, 348–349, 476, 916.

8 Giovanni Tarello je prvi razvil to tezo, ki je danes široko sprejeta v analitičnih krogih. Glej Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 9–10.

Če kot primer pogledamo delo sodnikov v posebnem italijanskem institucionalnem kontekstu (ta v moji analizi predstavlja prednostno mesto nanašanja), lahko opazimo, da se je stopnja ustvarjalnosti sodniškega razlaganja danes močno dvignila. Za to obstaja vrsta razlogov, od katerih želim tri posebej poudariti.

Prvi razlog je povezan s postopnim tvorjenjem novega prava – še posebej na področju civilnega prava – z izdajanjem »posebnih zakonov«, ki niso vpeti v enotni red našega civilnega zakonika in njegovih načel. S tem pojavom se ukvarjamo od šestdesetih let dvajsetega stoletja naprej. Na misel pridejo primeri, kot so »zakon o delavcih«, reforma družinskega prava, zakoni o rentah in kmetijskih pogodbah, uvedba razveze zakonske zveze in tako naprej.

Drugi razlog je povezan s krepitvijo odkrito neformalistične razlagalne države sodnikov. Ta drža – posebej razširjena je bila konec šestdesetih let (skupaj s sodniškim »aktivizmom« tako imenovanih ital. »*magistrati d'assalto*«) in nato v zgodnjih devetdesetih s »*Tangentopoli*« (ta se je pričel 1992) – se izraža tudi z uporabo razlagalnih pristopov, ki se veliko bolj ukvarjajo z vzpostavljanjem »pravičnosti v posameznem konkretnem primeru« kot pa z iskanjem navdihujočih razlogov za odločitev v *ratio legis*. To pomeni, da v posameznem trenutku uporabljene razlagalne tehnike niso razumljene kot pravila, ki usmerjajo sprejem odločitve, temveč prej kot pravila naknadne (*ex post*) utemeljitve že sprejete odločitve.

Tretji razlog pa je povezan s tokom, ki se je v naši pravni kulturi pojavil v začetku šestdesetih let prejšnjega stoletja in ki ga Riccardo Guastini ustrezno imenuje *konstitucionalizacija* pravnega reda.⁹ Gre za tok preoblikovanja našega pravnega reda, pri čemer lahko ugotovimo, da je ta na koncu popolnoma »prežet« z ustavnimi normami. Treba je pojasniti, da to kulturno preoblikovanje ne zadeva toliko prisotnost same ustave kot *njeno razumevanje* v pravni kulturi, zlasti s strani vseh pravnikov in uporabnikov prava. Ta pogled na ustavo in njeno razlaganje sloni na prepričanjih o njeni »prepričevalni moči« in »sposobnosti neposredno učinkovati« na vsak vidik delovanja pravnega reda. Ta postopek omogoča torej neke vrste *prekomerno razlaganje ustave*: tj. razlagano držo, ki s sprejeto odločitvijo *razširi* pomen ustavnega besedila. *Razširjajoče razlaganje* deluje tako, da iz obstoječih ustavnih določb, po možnosti z uporabo analogije, izpeljemo celo vrsto *tiho vsebovanih* norm, s katerimi lahko obvladamo katero koli vrsto »ustavno pomembnega« ravnanja.

Dodati je treba, da je porast »sodniške ustvarjalnosti« za mnoge pravnike (kot tudi za javno mnenje) zelo zaskrbljujoč. Dejstvo pa je, da ta porast pogosto ni plod sodnikove proste izbire, temveč »nujni« izraz države, ki jo danes zavzema naš institucionalni red. Kljub temu je omenjeni porast lahko nevaren našim de-

9 Riccardo Guastini, »La costituzionalizzazione« dell'ordinamento italiano, *Ragion Pratica* (1998) 11, 85–206.

mokratskim ustanovam, ker dejansko vključuje možnost, da tudi sodnik tako kot zakonodajalec postane »ustvarjalec novega prava« (čeprav na »dopolnilni« način). S tem sodnik ne ogroža le temeljnega *načela pravne varnosti*, temveč lahko izpodbija tudi temelje našega demokratičnega reda: *načelo delitve oblasti*; v skladu s katerim naj bi bil le zakonodajalec nosilec pristojnosti tvoriti novo pravo.

Vse te spremembe postavljajo pravno razlaganje še bolj v središče pozornosti. Seveda naloga nauka o pravnem razlaganju ne more biti ponujanje konkretnih rešitev za obstoječe stanje, čeprav imajo na našem področju (podobno kot v vseh družboslovnih in humanističnih znanostih) teoretična premišljevanja tako določen vpliv na predmet preučevanja kakor tudi normativne posledice za vse udeležence v teh dejavnostih. Vsekakor pa nam nauk o pravnem razlaganju lahko ponudi na primer ustrezno rekonstrukcijsko analizo te dejavnosti, s katero preverimo, ali slednja naš pravni red v resnici izpostavlja tolikšnim tveganjem. Moj namen je v tem prispevku pokazati prav to, da sodniško razlaganje, ko je enkrat pravilno pojasnjeno in uporabljano, ne predstavlja nevarnosti za naš demokratični red. Z drugimi besedami: mogoče je razviti nauk o razlaganju, ki hkrati pojasni tako psihološke značilnosti sodniške ustvarjalnosti kot njene omejitve, ki sodnika vežejo na zakonodajalca. Iz tega zornega kota bom skušal orisati *pragmatično usmerjeni pristop* k pravnemu razlaganju. Tovrstni pristop temelji na mlajši *kontekstualistični* smeri v semantiki, ki priznava, da je poseganje *pragmatike* nujno na vseh ravneh postopka pripisovanja pomena. Na temelju teh predpostavk je mogoče pokazati ne le, da postopek pripisovanja pomena pravnim določilom ne more biti popoln brez nanašanja na *posebni pragmatični kontekst*, v katerega je umeščen vsakokratni razlagalec, temveč tudi, da ta postopek vedno poteka v okviru omejitev, ki jih postavlja semantična vsebina izhodiščnega stavka (tj. pravne določbe, ki jo razlagamo).

2 NEKAJ SPLOŠNIH OKVIRNIH OPREDELITEV

Prepričan sem, da ni mogoče govoriti neposredno o pravnem razlaganju, ne da bi predhodno podali nekaj splošnih, izhodiščnih opredelitev, predvsem enotne opredelitve »razlaganja«, ki zajema raznolike razlagalne dejavnosti. Drugače kot genovska šola (še posebej Guastini¹⁰ in Chiassoni¹¹) sam ne verjamem, da nam lahko posebne značilnosti pravnega razlaganja preprečijo odkriti neko splošnejšo podobo razlaganja, ki bi omogočila opaziti pomembne podobnosti med pravnim razlaganjem in sorodnimi razlagalnimi dejavnostmi (na primer *literarno kritiko*). Pravno razlaganje je navsezadnje le ena od možnih razčleni-

10 Ricardo Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Rim, Aracne, 2008, 170–173.

11 Pierluigi Chiassoni, *Codici interpretativi. Progetto di voce per un "vademecum" giuridico, Analisi e diritto 2002–2003*, 60–62 (www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/).

tev splošnega pojma, ki označuje enega od najosnovnejših načinov, s katerim skušamo ljudje razumeti »naravni« ali »kulturni« svet okoli nas.

Tukaj bom predstavil pojmovno opredelitev »razlaganja«, ki posebej ustreza tistemu, kar Gallie imenuje *v svojem bistvu sporni pojmi*.¹² To so pojmi, ki so po svoji zgradbi odprti za razpravo in dovzetni za zelo drugačno rekonstrukcijo, v kolikor vse skupaj podpremo z »dobrimi argumenti«. Za vse primere, kjer je *definiendum* sestavljen iz tovrstnih pojmov, sem že pred časom izdelal in začel uporabljati obliko opredelitve, ki ji pravim *pojmovna opredelitev*. Njen *minimalni*, a zato nič manj pomembni namen je prepoznati skupno pojmovno osnovo, če ta sploh obstaja. Gre za skupne predpostavke (»štejemo jih za nesporne«), ki jih delijo različna ali celo med seboj izključujoča pojmovanja, ki se nanašajo na isti predmet.¹³ Iz tega zornega kota bo imela shema, ki ji bom sledil v tem prispevku; tri-polarni značaj. Začetna točka bo *splošni pojem razlaganja*, iz katerega bom z zaporednim razčlenjevanjem izpeljal *poseben pojem pravnega razlaganja*. V nadaljevanju bom iz tega ožjega pojma izpeljal nekaj *pomembnejših pojmovanj pravnega razlaganja*, ki so se v preteklosti izmenjevale na odru zahodnih pravnih redov od začetka devetnajstega stoletja (torej v obdobju, ko se je začel oblikovati novi »pravni predmet«, poimenovan *novoveško pravo*). Ta pojmovanja se izražajo skozi različne nauke, ki v zgodovinsko določenem kontekstu pomenijo njihove posamične razčlenitve.

Primer enega od treh pomembnih pojmovanj, ki jih bom predstavil v tem prispevku, je *eklektično* ali *mešano* pojmovanje. To lahko zavzame več različnih oblik. Tako bom najprej predstavil tradicionalno različico eklektičnega nauka (tj. Hartovo) in ji v nadaljevanju zoperstavil svojo rekonstrukcijo, ki ji pravim *pragmatično usmerjeni nauk o pravnem razlaganju*.

Poskusimo zdaj opredeliti pojmovno osnovo, skupno vsem pojmovanjem razlaganja, ki so se razvila na najrazličnejših področjih (v naravoslovju, družboslovju in humanistiki, na področju umetnosti in glasbe in tako naprej). Strnemo jo lahko takole: »Razlaganje je dejavnost, s katero kakšnemu predmetu pripišemo pomen.«

Ta opredelitev je zaslužna za vzpostavitev *pojmovne vezi* med »razlago« in »pomenom«. Pojmovna zveza je neka *notranja vez* med dvema prvinama, kjer sta ti pojmovno povezani na takšen način, da je nemogoče pojasniti eno, ne da bi bili primorani obravnavati še drugo.¹⁴

12 Walter B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, *Proceedings of the Aristotelian Society* LVI (1955–56), 167–198.

13 Glej ponovno mojo knjigo Villa 2004 (op. 5), 12–20.

14 O pojmu »notranje zveze« glej Gordon P. Baker, Peter M. S. Hacker, *Language, Sense and Nonsense. A Critical Investigation into Modern Theories of Language*, Oxford, Blackwell, 1984, 94–115.

Zatrjevati obstoj tovrstne zveze pri razlaganju hkrati pomeni, da je vez med pomenom in razlago tako tesna in prevladujoča, da po našem prepričanju ni mogoče pojmovno izoblikovati opredelitev razlaganja in nauk o razlaganju, če ti niso *nujno* tudi opredelitve pomena in nauki o pomenu ter obratno. Skratka, o pojmu pomena lahko razmišljamo le skozi pojem razlaganja in obratno. Splošneje torej lahko rečemo, da je nauk o razlaganju *nujno* tudi nauk o pomenu in obratno. Prav iz tega zornega kota lahko namreč legitimno govorimo o *pojmovni* oziroma *notranji* zvezi med razlaganjem in pomenom.

Iz tega zornega kota se ne strinjam s trditvijo Riccarda Guastinija,¹⁵ da nauk o razlaganju ne potrebuje nobenega nauka o pomenu – niti nauka, ki se ukvarja s pomenom v naravnih jezikih, saj je edini nauk, ki ga v resnici potrebuje, tisti, ki rekonstruira (docela svojsko) prakso pripisovanja pomena v pravni domeni. Drugače bom poskusil sam v tem prispevku prikazati, kako je neizpodbitno nujno, da razumemo, kaj pomeni »pripisovanje pomena« tako na našem kot na drugih področjih. Le tako bomo lahko namreč bolje razumeli pravno razlaganje kot postopek pripisovanja pomena pravnim besedilom. Razumeti, kaj pomeni »pripisovanje pomena«, pa ni nič drugega kot izoblikovati nauk o pomenu, natančneje, *proti-esencialistični nauk* o pomenu, po katerem pomen ni neka tvarina ali snov, ki jo odkrijemo, temveč je proizvod razlagalnih dejavnosti.

Pojmovno opredelitev pravnega razlaganja je mogoče izoblikovati na *treh različnih ravneh*, ki si sledijo po vedno nižji stopnji splošnosti.

Prva raven pravzaprav ustreza zgoraj navedeni pojmovni opredelitvi. Gre za *zelo splošen pomen razlaganja*, po katerem govorimo o razlaganju vedno, kadar nekemu predmetu pripišemo pomen; vedno torej, ko nam kak predmet nekaj sporoča in se nam kaže kot znak ali skupek znakov, ki jih moramo razvozlati.

Bolj zanimiv za nas je tukaj *posebni pomen razlaganja*, ki ga najdemo na *drugi ravni*. Ta zadeva različne kontekste, v katerih tvorimo razlage *človeških in/ali kulturnih dejstev*. To so dejstva, ki jih proizvedemo mi (simfonije, romani, likovna dela, pravne norme, nameni in tako naprej).

Tretja raven predstavlja nadaljnje razčlenjevanje druge ravni. Tako lahko na področju razlaganja kulturnih dejstev razločimo še bolj posebno raven, ki jo predstavlja *razlaganje besedil*. Pravno razlaganje v paradigmatičnem pomenu, v katerem je pogosto razumljeno v celinskih pravnih ureditvah, se kaže prav kot *razlaganje pravnih besedil* in je tako postavljeno na to tretjo raven.

¹⁵ Ricardo Guastini, *Due esercizi di non-cognitivismo*, *Analisi e diritto* 1999, 278–279 (www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/).

3 NEKAJ OPREDELITEV GLEDE PRAVNEGA RAZLAGANJA

Razlaganje pravnih besedil ni edini način, s katerim na področju pravnega izkustva tvorimo razlage. Besedila niso edini »pravni predmeti«, ki so podvrženi razlaganju. Tu je zato treba potegniti ločnico, da se izognemo morebitnim nesporazumom. Najprej gre za *pravno razlaganje v širšem smislu*, ki zadeva vse razlagalne dejavnosti, ki se odvijajo na področju pravnega izkustva. Kadar se bom nanašal na te dejavnosti, bom uporabljal besedno zvezo »razlaganje v pravu«. Na to področje vsekakor sodi razlaganje pravnih besedil (na primer zakonodajnih določb), vendar gre tudi za razlaganje drugih »predmetov«, ki niso besedila. Tako lahko na primer sodniki in pravniki razlagajo tudi *obnašanje*, kot v primeru obnašanja strank pri pogajanjih pred sklenitvijo pogodbe ali v primeru *običajnih praks* (pri teh je treba na primer potrditi *opinio juris ac necessitatis*).

Drugič gre za *pravno razlaganje v ožjem smislu*. Kadar se bom nanašal na to, bom uporabljal besedno zvezo »razlaganje prava«, ki zadeva *razlagalno dejavnost, osredotočeno na besedila*. Gre za dejavnost, ki jo udeležujejo pravniki, sodniki, državni uradniki in tako naprej, njen predmet pa so pravni dokumenti (na primer zakoni, uredbe, stavki, pogodbe in tako naprej). Prav tej vrsti razlage sem bom posvetil v tem prispevku.

Ukvarjal se bom torej s *pravnim razlaganjem v ožjem smislu*, ki se razlikuje od zgoraj omenjenega razlaganja *v širšem smislu* (»razlaganje v pravu«). Če sledimo Chiassoniju, lahko *razlago pravnih besedil* iz tega zornega kota opredelimo kot »dejavnost določanja pomena kakemu določilu (osnovni enoti vsakega pravnega besedila), kjer iz tega določila izpeljemo enega ali več izrecnih norm, ki jih štejemo za pravno pravilne razlage tega določila.«¹⁶

V okviru pravnega razlaganja besedil bom posebej preučil tisto, kar je v pravnih ureditvah z uzakonjenim pravom obravnavano kot *paradigmatični primer pravnega razlaganja besedil* oziroma *razlaganje prava*, kot se temu tradicionalno reče. Gre za razlaganje pravnih stavkov z močjo prava, pa tudi drugih določil, ki so del ustavnega besedila. Tovrstna dejavnost ima skupne značilnosti v vseh pravnih redih z uzakonjenim pravom.

Tukaj je treba pojasniti, da v skladu s pogledom, ki mu bom sledil v tem prispevku, razlaganje pravnih določil ni »izbirna« dejavnost, ki bi se izvajala le ob nekaterih priložnostih; na primer le v zadevah, kjer se pri ugotavljanju pomena določil porajajo dvomi razlagalnega značaja. Precej vplivni nauk o razlaganju, ki ima še danes svoje privržence¹⁷ in je skladen z dobro znanim rekom

16 Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007, 50.

17 Glej na primer Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 12.

»in claris non fit interpretatio«, sprejema namreč *razlaganje v zelo ozkem smislu*, po katerem pri določbah z jasnim pomenom, strogo rečeno, sploh ne pride do razlaganja. Vendar v skladu z zgornjo opredelitvijo razlaganja sam trdim, da *vsaka določba* (od najbolj pa do najmanj jasne) *potrebuje razlaganje*. Tu še enkrat poudarjam, da je pravna norma končna točka razlagalnega postopka, ki se začne pri določilu. Po mojem, pragmatično usmerjenem pristopu; je sama norma izražena šele z izrekanjem stavka, ki vsebuje pomen samega določila. Bistvena točka mojega pojmovanja je to, da ni kakovostne razlike med »lahkimi primeri« (pri teh naj razlaganje ne bi bilo potrebno) in »težkimi primeri« (tu naj bi bilo razlaganje potrebno). Neko razlago je mogoče obravnavati kot »lahko« šele potem, ko je razlaganje opravljeno.¹⁸

Nazadnje je treba dodati, da je pri pragmatično usmerjenem pojmovanju pravnega razlaganja *pragmatična razsežnost* – ta je vezana na kontekst uporabe in koriščenja norm (tako pri »posamičnih konkretnih primerih«, za katere so pristojni sodniki, kot pri »vzorčnih primerih«, za katere so pristojni pravniki) – nujna razsežnost razlagalne dejavnosti in neizogibno vključuje vsa določila.

Poudariti je treba, da v skladu z zgoraj predlagano opredelitvijo ne gre za razlaganje (vsaj v ožjem smislu, ki smo ga sprejeli tu) v vseh tistih primerih, kjer sodniki (*dopolnilno*) *ustvarjajo* (v *močnem pomenu besede*) novo pravo. Tako je na primer, kadar ni izrecnega določila, ki bi bilo zmožno urejati konkretni primer (*zapolnitev praznine*). Kot razlaganja prav tako ne smemo obravnavati nekaterih z njim povezanih dejavnosti, ki so razlaganju *predhodne* v strogem pomenu besede (na primer *predhodno* preverjanje veljavnosti določbe, ki naj bi jo razlagali), ali tistih, ki se z njim šele začenjajo (takšno je naknadno dogmatično urejanje že razložene normativne stvarine, za kar so pristojni pravniki). Nedvomno lahko kot »razlaganje« v širšem smislu upravičeno obravnavamo dejavnosti, s katerimi tvorimo *tiho vsebovane norme*, tj. norme, ki za izhodiščno točko razlaganja nimajo nobenega določila. Ne glede na to pa se bo pričujoče besedilo nanašalo na pravno razlaganje v ožjem smislu, in sicer na njegov poseben paradigmatični primer (*razlaganje določil*).

Kadar govorimo o pravnem razlaganju kot dejavnosti, ki služi pripisovanju pomena pravnim stavkom, je treba predhodno razjasniti pomembno vprašanje. V skladu s tukaj sprejetim semantičnim naukom (v nadaljevanju ga bom poimenoval *semantični kontekstualizem*) se celotni pomen lahko izrazi le z *izrekanjem stavkov*, tj. z besednim izražanjem, ki zaživi v posameznem kontekstu. Samo v posebnem kontekstu rabe, skratka, lahko nek stavek, izražen z določnim govornim dejanjem, vzpostavi celotno sporočilo.

Takšen pogled je povsem uglašen s *filozofijo običajnega jezika*; to, analitično filozofsko pojmovanje je podlaga mojemu delu. Kot je dobro znano, glavni pred-

18 Ricardo Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990, 80.

met preučevanja tega pojmovanja niso formalizirani jeziki logike in matematike, temveč so to *nestrokovni naravni jeziki*, običajni jeziki našega vsakdana. Sem spada tudi pravni jezik, saj je kot *tehniziran jezik*¹⁹ dovolj podoben običajnemu jeziku. Drugače od *filozofije idealnega jezika* analitična filozofija običajnega jezika trdi, da moramo običajni jezik pustiti »takšnega, kakršen je«. Poteze, ki se kažejo kot njegove pomanjkljivosti (protislovja, dvoumnosti, praznine in tako naprej), so v resnici namreč tiste, ki omogočajo njegovo »prožno prilagajanje« potrebam vsakdanjega življenja.²⁰

Bolj podrobno, analitična filozofija običajnega jezika, ki dosledno uporablja *pragmatično usmerjeni* pristop (tako sem se namenil tudi sam), dojema takšen jezik kot družbeno prakso jezikovno-sporočilne vrste. Gre za skupek usklajenih *govornih dejanj*, ki so ustrezno orodje za tvorjenje različnih vrst izjav (poročevalnih, predpisovalnih, ocenjevalnih, želelnih izjav in tako naprej). Iz tega zornega kota nek stavek na sebi ali sam zase ne more izraziti celotne semantične vsebine, temveč je lahko le govorčeva raba stavka tista, ki ima ta učinek tako v smislu pomena kot v smislu njegove vloge (jezik na sebi, ki se abstraktno dviga iz konkretne rabe, je popolnoma »inerten«). Kadar se jezik obrača na svet, kadar torej »nekomu nekaj pove«, je to nanašanje vedno posredovano z jezikovno rabo. To pomeni, da ni nobenega polnega nanašanja z jezikom na »predmete v svetu«, razen znotraj posebnih načinov, na katere nek jezik rabimo zato, da se z njim na nekaj nanašamo (na primer zato, da bi govorili »resnične stvari«). Treba je poudariti, da se ta raba vedno odraža v *govornem dejanju* in ima zato vedno *kontekstualno podobo*.

Da zaokrožimo izhodiščno kategorično sliko naše analize, je treba na koncu potegniti še eno ločnico (predvsem s ciljem, da bolj jasno predstavimo predmet, ki ga bom obravnaval v tem prispevku). Že v zgornji opredelitvi »razlaganja v ožjem smislu«, tj. »razlaganja pravnih besedil«, lahko najdemo dve razsežnosti razlagalne dejavnosti, ki ju moramo tukaj bolj jasno razmejiti.

Prva je *strukturna* razsežnost, ki je omenjena v prvem delu opredelitve, kjer je govora o »dejavnosti določanja pomena kakemu določilu.« Iz tega, prvega zornega kota je predmet analize vprašanje, *kako* razlaganje poteka. Kakšna vrsta zveze naj bo vzpostavljena med »razlaganjem« in »pomenom«? Vprašanja, na katera bomo iz tega zornega kota poskusili odgovoriti, so: Kaj pomeni, da nekomu določilo pripišemo pomen? Ali to pomeni iskanje nečesa, kar že obstaja, ali

19 V podobnem kontekstu Jori raje uporablja oznako ital. *linguaggio amministrato*. Mario Jori, *Definizioni legislative e pragmatica giuridica, Analisi e diritto* 1995, 123–124.

20 O razlikovanju med *filozofijo običajnega jezika* in *filozofijo idealnega jezika* glej Richard Rorty, *Metaphilosophical Difficulties of Linguistic Philosophy*. Introduction, v Richard Rorty (ur.), *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*, Chicago in London, The University of Chicago Press, 1967, 7–9, 15–24; Peter Frederick Strawson, *Construction and Analysis*, v Alfred Jules Ayer in drugi (ur.), *The Revolution in Philosophy*, London, MacMillan, 1957, 101–104.

gre za ustvarjanje nečesa povsem novega? Ali pa to pomeni celo, da posežemo po dejavnosti, ki se razlikuje tako od »iskanja« kot »ustvarjanja« (in je po možnosti njuna mešanica)?

V tem prispevku se bom ukvarjal predvsem s pravkar omenjeno razsežnostjo. Zaradi pojmovne zveze med »razlaganjem« in »pomenom« se bom moral pri tovrstni analizi nujno ukvarjati z vprašanji nauka o pomenu. Še posebej zato, da bom tako lahko po eni strani pojasnil semantično osnovo naukov, ki jih kritiziram, in po drugi strani drugačno osnovo lastnega pristopa k razlaganju.

Druga razsežnost je poudarjena v drugem delu opredelitve in se nanaša na »izrecne norme, ki jih štejemo za pravno pravilne razlage določila.« Zadeva vsebino razlagalne dejavnosti; ukvarja se na primer z *razlogi*, *zakaj* je v primerih, kjer je mogoče določilo pripisati več pomenov, raje izbran en kot drugi. V zvezi s to, drugo razsežnostjo se mi zdi ustrezna oznaka »nauk o pravnem razlagovanju«. Očitno je, da tukaj vstopamo na področje drugačnih problemov, saj se soočamo z zapletenimi vprašanji *argumentov* ali *razlagalnih smernic*, ki vsakokrat *podpirajo* in/ali *morajo podpirati* odločitve.

Zdaj je mogoče vnesti nekaj reda med oznake, s katerimi smo opredelili različne vidike razlaganja v ožjem smislu. Pri nanašanju na dejavnost, ki jemlje v ozir obe omenjeni razsežnosti, je mogoče uporabiti oznako »splošni nauk o pravnem razlaganju«, medtem ko bomo pri prvi razsežnosti govorili o *strukturnem nauku o pravnem razlaganju*, pri drugi razsežnosti pa o *nauku o pravnem argumentiranju*. Kljub temu pa bom zaradi lažjega prikaza (razen kjer navedem drugače) uporabljal izraz »nauk o pravnem razlaganju«, s katerim bom označil posebni predmet našega preučevanja, tj. *strukturno razsežnost pravnega razlaganja v ožjem smislu*.

4 TRI POJMOVANJA PRAVNEGA RAZLAGANJA

Pri preučevanju teh pojmovanj bomo domnevali, da zgodovinski kontekst, v katerega bomo umestili analizo, predstavljajo pravni redi zahodnega sveta (s posebnim poudarkom na našem lastnem redu), in sicer v času od pojava novoveškega uzakonjenega prava v začetku devetnajstega stoletja pa vse do danes.

Že bežen pogled na glavne nauke o razlaganju, ki so se zvrstili v tem okviru, pokaže, da so bili večinoma umeščeni na dva nasprotna pola, in sicer ob razširjenem prepričanju, da ni ničesar vmes. V novejšem času (od šestdesetih let dvajsetega stoletja naprej) so bili izjema od tega nekateri poskusi izdelati tretje, »vmesno« stališče. Te je mogoče označiti kot *eklektične nauke*. Vendar pa je bila razprava skozi devetnajsto in del dvajsetega stoletja na nek način polarizirana. Šlo je za trk dveh velikih skupin naukov, pogosto dojetih kot *medsebojno izključujočih*, ki jih lahko vključimo tudi v dve širši pojmovanji razlaganja. Prvo

pojmovanje bom poimenoval *razlagalni formalizem*, drugo pa *razlagalni proti-formalizem*. Prvi se je izvirno pojavil na začetku devetnajstega stoletja kot *eksegetična šola* v Franciji in *zgodovinska šola prava* ter *pandektistika* v Nemčiji. Drugi se je kot odgovor na formalizem razvil v Franciji in Nemčiji v treh velikih smereh: *interesna jurisprudenca*, *teleološka (namenska) jurisprudenca* in *šola svobodna prava*.

Ti dve veliki pojmovanji razlaganja (formalizem in proti-formalizem) vsekozi srečujemo tudi v novoveški in sodobni pravni kulturi. Gre za zelo zapleteno razmerje, v katerem kriza enega zelo pogosto pomeni napredovanje drugega. Vzroki teh zapletenih nihanj niso le pravni. Povezani so tudi z močno pogojenostjo številnih možnih vlog in nalog pravnika-razlagalca ter sodnika-razlagalca od spremljevalnega konteksta. In ko govorimo o »spremljevalnem kontekstu«, se nanašamo na prvine institucionalnega, družbeno-ekonomskega, kulturnega in etično-političnega značaja. Gre za položaj oziroma okoliščine, v katerih se nahaja predmet pravnega odločanja, in z njimi povezane spremembe, ki lahko izzovejo verižne odzive v pravni kulturi in s tem tudi v načinu dojemanja vloge pravnega razlaganja. Ti odzivi lahko potekajo v dveh nasprotnih smereh (pri tem se lahko pojavijo tudi sočasno in si v danem kontekstu medsebojno nasprotujejo). Spremembam lahko nasprotujejo in skušajo ubraniti izvirni namen zakonodajalca glede razvijajočih se družbenih razmerij (v takšnih primerih bodo prevladale formalistične težnje). Lahko pa so spremembam naklonjene in/ali jih skušajo usmerjati, kar pomeni, da cenijo prvine pretrganosti in prekinitve z izvirnim položajem (v tem primeru bodo prevladale proti-formalistične težnje). Tako lahko na primer v nekem kontekstu pride do kulturne spremembe v zvezi z razumevanjem, razlaganjem in uporabo ustavnega besedila (to se je v zadnjih desetletjih dogajalo v naši državi v *postopku konstitucionalizacije*, kot temu pravi Guastini); do spremembe družbeno-ekonomskih odnosov pa do etične spremembe – tj. spremembe v prevladujoči družbeni etiki neke politične skupnosti in tako naprej.

Če pogledamo iz zgodovinskega zornega kota, je treba dodati, da formalistična pojmovanja na splošno stopijo v ospredje v obdobjih, ki so kulturno-zgodovinsko blizu stopnjam, v katerih gre določen pravni red skozi pomembne trenutke uzakonjanja ali vsaj večjega pravnega prenavljanja. V takšnih okoliščinah lahko med pravniki, sodniki in zakonodajalcem brez težav najdemo kar največjo ubranost oziroma »skupinski občutek«. Poleg tega pravniki v postopkih prenavljanja vedno nastopajo kot glavni igralci, ki tesno sodelujejo z zakonodajalcem. Tako je bilo v primeru *eksegetične šole*, kjer so pravniki pomagali spisati Napoleonov zakonik, ki so ga nato razlagali. Temu »skupinskemu občutku« pa je usojeno, da se sooči s krizo, ki nastane z zgodovinskim in kulturnim odmikanjem od obdobja uzakonjanja. Družbeno-ekonomska resničnost namreč proizvaja vedno nove pojave, ki jih obstoječi normativni okvir morda ni predvidel.

Skratka, ustvarja se vedno večji razkorak med »pravno kulturo uzakonitev« in »sodobno pravno kulturo«. Kot je razvidno, je prav to ugodno ozračje za zmago proti-formalističnih stališč, po katerih pravnik in sodnik lahko razrešujeta (ali celo morata razreševati) razlagalne probleme in probleme uporabljanja prava bolj s preučevanjem družbeno-ekonomske resničnosti kakor z osredotočanjem na normativni red.

Če se obrnemo k razmerju med razlaganjem in pomenom, ki v naši analizi predstavlja posebno mesto nanašanja, lahko podamo opredelitvi prvih dveh pojmovanj, s katerima se tukaj ukvarjamo. Iz tega zornega kota *razlagalni formalizem* (v izvornih različicah) v osnovi predpostavlja, da je pripisovanje pomena določilom v svojem pravem smislu *hipno odkritje obstoječega pomena*, kakor koli že do njega pridemo; v vsakem primeru pa gre (v skladu z najnovejšimi različicami) za predhodno in neproblematično prepoznavanje nekega trdnega semantičnega jedra, ki obstaja neodvisno od vseh prilagoditev, povezanih z različnimi konteksti, v katerih se neko določilo uporablja.

Iz strogo semantičnega zornega kota je nauk o pomenu, ki je tiho predpostavljen v teh usmeritvah, posebej uglašen z danes prevladujočim (čeprav ne edinim zveličavnim) semantičnim naukom, ki ga lahko označimo kot *literalizem*.²¹ V skladu s tem semantičnim pojmovanjem je na vseh področjih, kjer se poslužujemo razlaganja besedil in govorjene besede, mogoče dobiti celotni pomen stavka z »razlaganjem«. Gre za pomen, ki obstaja pred konkretno rabo v sporazumevanju; za pomen, ki je predmet nekakšnega »hipnega dejanja razumevanja« (to stališče, kot bomo videli, predpostavlja *statično* videnje razlage). To pomeni, da se *pragmatične prvine* (povezane z rabo sporazumevanja preko govornih dejanjih, s katerimi se pomen izraža in sprejema) ne prepletajo z izvorno semantično razsežnostjo.

V nasprotju s tem *razlagalni proti-formalizem* predpostavlja, da je pripisovanje pomena določilo v pravem smislu, *ustvarjanje novega pomena*. Različni proti-formalistični nauki se potem razlikujejo glede na sorazmerno veliko težo, ki jo pripisujejo ustvarjalni prvini razlaganja, in glede na sorazmerno majhno težo omejitev, ki jih razlagalcu postavlja izhodiščno besedilo. Čeprav izražena na različne načine, je osrednja misel v vseh primerih enaka: odločilni trenutek razlaganja je »hipno ustvarjenje« pomena v luči konteksta, v katerega je umeščen razlagalec (še najbolj med vsemi sodnik). Gre za kontekst, ki z vsemi svojimi spremenljivkami (etično-politične ideologije, ki so prisotne na nekem področju, temeljni družbeno-ekonomski položaj, vpleteni interesi) predstavlja veliko večjo omejitev kot besedilo zadevne določbe, na podlagi katere naj bi odločili v primeru, ki je pred nami.

21 Pri navezovanju na ta nauk glej François Recanati, *Literal Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 3–4.

Iz semantičnega zornega kota stoji proti-formalizem (v svojih najbolj skrajnih različicah) na stališču, da izhodiščno pravno besedilo za razlagalca ne predstavlja znatne omejitve, razen kot ustrezno preoblikovana prвина za *ex-post* posredovanje pri utemeljevanju semantične izbire, ki je sicer nastala na drugi podlagi. Kar lahko predstavlja omejitev za razlagalca, so predhodne razlage stavka (toliko bolj, če so »avtoritativne«), ki je predmet razlaganja. Vendar pomen določila (v strogem smislu) ustvari razlagalec v neke vrste »hipnem postopku« na podlagi omejitev in znamenj, ki pridejo iz konteksta. Kot pri formalističnih stališčih, je tudi tukaj pomembno, da opazimo, da ta pojmovanja (sicer pogosto tiho), poustvarjajo določeno semantično pojmovanje »v ozadju«. Če pozorno pogledamo, vidimo, da imajo veliko skupnih točk z danes zelo vplivnim sodobnim pojmovanjem imenovanim *skrajni kontekstualizem*.²² To pojmovanje zavrača sam pojem jezikovnega pomena kot nečesa, kar obstaja pred oddajo in sprejemom sporočila. Pred prvim razlagalnim dejanjem obstaja le neke vrste »zbirka predhodnega uporabljanja« jezikovnih izrazov v podobnih kontekstih, ki jo je v nekem smislu legitimiral jezikovna skupnost (in je zato »avtoritativna«). Vendar pa pred začetkom sporočilne izmenjave ni nikakršnih skupnih pomenov, ki jih delijo vsi sogovorniki. Pri končni analizi je le pragmatika tista, ki odloči o pomenu izrazov in stavkov.

Ob omenjanju tradicionalnih različic *eklektičnih nauk* je treba začeti pri oznaki, ki jo je o njih podal Hart v svoji knjigi *Koncept prava*²³ na začetku šestdesetih let 20. stoletja. Hart poskuša posredovati med nasprotujočima si pojmovanjema formalizma in proti-formalizma: razlaganje je vsebinsko umeščeno tako v razsežnost *odkrivanja* kot v razsežnost *ustvarjanja*, vendar vedno alternativno v eno ali v drugo. Tako Hart pravi, da je v nekaterih primerih (»lahki primeri«) pri razlaganju prisotna izključno razsežnost *odkrivanja*, medtem ko je v drugih primerih (»težki primeri«) vedno prisotna izključno razsežnost *ustvarjanja*. Vsekakor pa je zelo jasen glede tega, da prisotnost ene razsežnosti izključuje prisotnost druge.

To lahko bolj jasno ponazorimo s primerom. Predpostavimo, da (popolnoma veljaven) odlok mestnega sveta določa, da »je vozilom prepovedana vožnja v občinskih parkih«. Na vhodu parka, ki ga vsekakor lahko označimo kot »občinski park« (obstaja seznam takšnih parkov), stoji policist, ki je zadolžen za nadzor nad spoštovanjem omenjenega mestnega odloka. Policist mora torej odlok razlagati, če ga hoče uporabiti v vseh možnih bodočih konkretnih primerih, tj. v primerih, v katerih bosta vstop ali zavrnitev vstopa v park odvisna tudi

22 Za dobro analizo radikalnega kontekstualizma glej Claudia Bianchi, *La dipendenza contestuale. Per una teoria pragmatica del significato*, ESI, 2001, 118–19, 282–283, 304–355. Pomemben primer stališč radikalnega kontekstualizma predstavlja Ronald W. Langacker, *Foundations of Cognitive Grammar*, Stanford, Stanford University Press, 1987 (1. zvezek) in 1991 (2. zvezek).

23 Hart 1994 (op. 6), 8. poglavje.

(in predvsem) od njegove razlage izraza »vozilo«. Po Hartu policist v celi vrsti netežavnih konkretnih primerov (lahki primeri) ne bo imel posebnih težav razlagalnega značaja. Gre za primere, v katerih bodo ljudje spraševali za dovoljenje za vstop z avtomobili ali motornimi kolesi. V vseh teh primerih bo, skratka, v skladu s Hartovim pristopom k eklektičnemu ali mešanemu nauku policist-sodnik *odkril že prej obstoječi pomen* določila-odloka in tako z lahkoto našel rešitev v konkretnem primeru. Tukaj razlaga splošnega izraza »vozilo« leži v *jedru gotovosti*. Skratka, v teh primerih bi razlagalni formalizem upravičeno govoril o »odkritju predhodno obstoječega pomena«.

Vendar pa bi se lahko pojavila cela vrsta primerov, v katerih rešitev ne bi bila tako preprosta. Predpostavimo na primer, da bi za vstop v park zaprosil deček z manjšim avtomobilom na pedala. To je predmet, ki bi bil v običajnem jeziku navadno obravnavan kot vozilo, pa vendar v zvezi z odlokom to morda ne bi bil, zlasti če imamo v mislih *namen* odloka (domnevamo lahko, da je to »varovanje reda, miru ter varnosti ljudi v parku«). Položaj bi lahko bil še bolj zapleten, če bi bil dečkov avtomobil na »električni pogon« in zato precej hrupen, kljub temu pa ne bi bil zmožen poškodovati ljudi, ki se sprehajajo po parku.

Za Harta, torej, v takšnih primerih (»težki primeri«) pravne norme ne nudijo jasne usmeritve. Razlagalec mora opraviti razlagalno izbiro po prostem preudarku (ta vsekakor ni samovoljna, saj je podprta z argumenti), ker se pomen spornega izraza nahaja v *obrobnem (zasenčenem) delu*. V primeru »dečkovega avtomobila na električni pogon« se policist-razlagalec znajde v položaju, skratka, kjer mora uskladiti nasprotujoče si zahteve (»pravica prostega gibanja«, »pravica vsakogar, da ga ne ovirajo pri svobodnem gibanju«, »zahteva po varnosti ljudi v parku« in tako naprej). Gre za položaj, v katerem bi lahko popolna prevlada ene od zahtev ali enega od ciljev pomenila popolno žrtvovanje ostalih. Način, kako bo sodnik opravil *usklajevanje* (posredovanje med številnimi zahtevami) ali *tehtanje* (žrtvovanje nekaterih od njih v korist drugih), bo očitno določil pomen, ki ga bo dal izrazu »vozilo«. Z drugimi besedami, če otroški avtomobil obravnavamo kot »vozilo«, potem ne sme vstopiti v park; če, nasprotno, ni obravnavan na ta način, lahko vstopi.

V tej drugi vrsti primerov bi imel za Harta namesto tega prav razlagalni proti-formalizem: sodnik bi v nekem smislu »ustvaril novo pravo za konkretni primer«, čeprav v šibkem smislu, torej kot izbiro ene od razpoložljivih razlagalnih možnosti v zvezi z zadevnim odlokom.

Zadaj končno razpolagamo z vsemi sestavinami mešanega nauka, kot ga je tradicionalno oblikoval Hart. Razlaganje je tukaj oboje – »odkrivanje« in »ustvarjanje«, vendar nikoli oboje istočasno. *Razlaganje odkriva pomene v lahkih primerih in ustvarja nove pomene v težkih primerih.*

Kot smo to storili pri ostalih dveh pojmovanjih, je morda tudi v tem primeru koristno ta nauk preučiti v luči najnovejše razprave v sodobnih semantičnih naukih. In videti je, kot da se omenjeni mešani nauk tiho naslanja na najnovejše in dodelane različice *literalizma* (*sinkretični pogled*, *indeksikalizem*)²⁴. Pri teh gre prepoznavanje obstoja celotnega pomena stavka, ki obstaja že pred razlaganjem, z roko v roki s priznavanjem nujne vloge dokončanja in obogatitve (postopek, ki mu v semantičnem žargonu pravimo »zasičenje«)²⁵ pomena samega stavka skozi pragmatične postopke.

5 SKUPNE SEMANTIČNE PREDPOSTAVKE TREH POJMOVANJ

Poleg ločenih očitkov, ki jih lahko naslovimo na vsakega od teh pojmovanj pravnega razlaganja, obstaja še druga vrsta kritike, ki je morda še bolj uničujoča za vsa tri, saj napada predpostavko »v ozadju«, za katero se zdi, da je skupna vsem trem pojmovanjem, kljub velikim razlikam med njimi. Hočem reči, da si kljub nasprotnemu videzu trije pristopi k razlaganju navsezadnje niso nasprotni prav v vseh pogledih. V skladu s pogledom o nujni povezavi med pomenom in razlaganjem, ki smo ga izbrali tukaj, si dejansko vsa tri pojmovanja (z vidika nauka o razlaganju), ne glede na velike teoretične razlike med njimi, delijo način razumevanja vezi med razlaganjem in določbo, ki je predmet razlaganja. Gre za pojmovanje razlaganja, ki (iz semantičnega zornega kota) izhaja iz določenega pogleda na »pomen« (*statični pogled na pomen*).

Ključno je, da v okviru nauka o razlaganju vsa tri pojmovanja zatrjujejo dvodelno nasprotje med »odkrivanjem« in »ustvarjanjem«, na temelju katerega ni nobene »tretje možnosti«: bodisi razlaganje »nekaj odkriva« ali, nasprotno, »nekaj ustvarja«, vendar nikoli ne more početi obojega hkrati. Iz semantičnega zornega kota izvira iz tega nasprotja *statični pogled na pomen*.

To je zelo pomembna ugotovitev, pri kateri se je vredno še nekaj časa pomuditi. S »statičnim pogledom na pomen« mislim na stališče, po katerem je pomen, pa naj bo »odkrit« (*formalizem*), »ustvarjen« (*proti-formalizem*) ali ponekod »odkrit« in drugje »ustvarjen« (*eklektični nauk*), v vsakem primeru nekaj, kar nastane »hipoma in v celoti« oziroma z »eno rešitvijo«. Skratka, pomen je viden kot neka tvarina, ki je *odkrita* ali *ustvarjena* »v celoti«, in ne kot izid *dinamičnega* postopka v »več stopnjah«, kar bom trdil kmalu. Pravzaprav nam prav pomanjkanje dinamičnega pogleda na razlaganje (»v različnih stopnjah«) onemogoča, da bi vpeljali pojmovanje, ki nosi obe omenjeni razsežnosti.

24 Dobro analizo obeh naukov lahko najdemo v Recanati 2004 (op. 21), 51–53, 85–89. Pomembno stališče indeksikalistov predstavlja Jason Stanley, *Language in Context. Selected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

25 O tem pojavu glej ponovno Recanati 2004 (op. 21), 7 in nasl.

A vrnimo se k statičnemu pogledu na pomen in načinu, na katerega se ta odraža v treh tradicionalnih pojmovanjih. Če smo dejansko prepričani, da pomen odkrijemo, potem ga obravnavamo kot »tvarino«, ki obstaja pred razlagalno dejavnostjo (*formalizem*). Če drugače verjamemo, da je ustvarjen »iz nič« šele z razlaganjem, potem to stvarino obravnavamo, kot da je v celoti proizvod razlagalca (*proti-formalizem*). Niti mešani nauk (v svoji tradicionalni različici) ne more uiti tej zasnovi: omejuje se na dvodelno razlikovanje med primeri, v katerih je pomen odkrit, in primeri, v katerih je ustvarjen.

Prepričan sem, da noben od teh treh pristopov ne more ustrezno pojasniti tistega resnično značilnega vidika pravnega razlaganja (tudi razlaganja na splošno), ki ga predstavlja *hkratna navzočnost* obeh elementov, »odkrivanja« in »ustvarjanja«, in na katerega nas primerno opomni Dworkin.²⁶ Po mojem mnenju je prav to resnično zanimiv in značilen vidik razlagalne dejavnosti, še posebej takrat, ko se ta ukvarja z besedili (kot pravno razlaganje in literarna kritika).

Ta »statična« semantična predpostavka je glavna šibka točka, skupna formalizmu, proti-formalizmu in mešanemu nauku, ki izvira od Harta. Ta vidik pojmovanja pomena tem pojmovanjem razlaganja ne dopušča, da bi ustrezno pojasnile, kot sem omenil zgoraj, kaj je neodtujljiva značilnost razlagalne dejavnosti, in sicer v zvezi z nezmožnostjo biti popolnoma skržena bodisi v način odkrivanja bodisi v način ustvarjanja. Razlagalna dejavnost dejansko deluje v obeh načinih in sicer skozi *dinamični postopek* pripisovanja pomena določilom. Gre torej za postopek, ki poteka skozi različne stopnje in se dotakne obeh razsežnosti, odkrivanja in ustvarjanja. In prav ta vidik razlagalne dejavnosti ni zajet v tradicionalnih pogledih.

Da bi v celoti osvetlili to pomembno plat razlaganja, bom v nadaljevanju predlagal, da preidemo od *statičnega* k *dinamičnemu* pristopu k nauku o pomenu (in s tem tudi k nauku o razlaganju). Vendar bo treba zato gledati na pomen drugače, kot so ga oblikovali obravnavani pristopi. To pomeni, da bomo temu pojmu pripisali tri posebne značilnosti, ki se jih tradicionalna pojmovanja ne trudijo posebej poudariti. Pojem »pomen« je treba postaviti kot *stopnjevit* (sestavljen iz različnih stopenj) in *vključevalen* pojem (vključuje tako smisel kot nanosnik), ki se *oblikuje postopno* (to pomeni, da je pripisovanje pomena »postopek, ki poteka v več korakih«). Iz tega zornega kota dobimo torej dve osnovni zamisli novega pogleda. Prvič, da pomen ni proizveden »hipoma in v celoti«, temveč je izid postopka, ki poteka v več korakih, oziroma postopka, ki ga je mogoče v vsakem primeru analitično razstaviti na več korakov (iz psihološkega zornega kota pa lahko ta postopek v razlagalčevih mislih traja le en hip). Drugič, da se v tem postopku pomen določbe postopoma izjasnjuje, kakor hitro

26 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1985, 146–147.

je v stiku s primeri konkretne uporabe (pred sodniki) ali »vzorčnimi primeri« (pred pravniki).

Oznaka »sekvenčni monizem« lahko vsekakor služi kot ustrezno poimenovanje mojega pogleda. Gre za nadaljnje poimenovanje v povezavi z oznako »pragmatično usmerjeni«, ki jo bom predstavil v naslednjem delu. Opredelitev nauka kot *monističnega* precej dobro predstavi misel, da se (kot bomo videli) pomen določe podrobneje oblikuje šele v razlagalnem postopku, ki sicer ostaja enoten, saj se začne pri skupni semantični osnovi. Če dodamo oznako »sekvenčni«, pa ustrezno poudarimo dejstvo, da se sicer pomen v teku postopka razlaganja oblikuje v več korakih, pri čemer dosega vedno višjo raven razčlenjenosti in konkretizacije. Poudariti pa je treba, da lahko postopek razčlenjevanja pomena ubere različne poti in se razraste v več (tudi medsebojno izključujočih) smereh.

Prav z analitično razgradnjo postopka postopnega oblikovanja pomena v več korakih uspemo razpršiti protislovnosti v zraku, ki jih lahko izzove dinamični pogled s tem, ko se zdi, da pri razlaganju zahteva hkratno navzočnost dejavnosti »odkrivanja« in »ustvarjanja«. Kot bomo videli v naslednjih razdelkih, pa se uspe pragmatično usmerjeni nauk temu očitku (ki bi bil zanj uničujoč) izogniti prav zato, ker zanika prisotnost obeh korakov *v istem trenutku*; namesto tega pa prizna, da pripadajo nekateri koraki pripisovanja pomena razsežnosti odkrivanja, medtem ko pripadajo drugi koraki razsežnosti ustvarjanja.

6 POGOJI ZA PRAGMATIČNO USMERJENI NAUK O POMENU

V tem delu in v naslednjem si bom prizadeval jasno oddaljiti od *statičnega* pristopa k pomenu, in sicer z razvijanjem drugačnega, *dinamičnega* semantičnega nauka, ki ga bom uporabil pri pravnem razlaganju. Izid tega bo *eklektični* ali *mešani* nauk o pravnem razlaganju, ki pa je vendar mišljen kot alternativa tradicionalnim eklektičnim naukom. V tem delu se bom ukvarjal s vprašanjem, katere pogoje mora izpolniti nauk o pomenu v zvezi s pravnim razlaganjem. V naslednjem delu pa bom poskusil podrobneje pojasniti glavne značilnosti takšnega nauka.

Nauk o pomenu, ki naj služil našim namenom, ne sme biti ustrezen le iz splošnega semantičnega zornega kota, temveč mora biti primeren tudi za pravno razlaganje. Za ta namen je treba torej predhodno napraviti vidno vrsto pogojev, ki jim mora zadostiti nauk o pomenu (tako iz semantičnega kot iz pravnega vidika), če hoče biti obravnavan kot sprejemljiv kandidat za semantični okvir nanašanja v zvezi z naukom o pravnem razlaganju. Zdaj bom predstavil tiste pogoje, za katere štejem, da morajo biti za ta namen *nujno izpolnjeni*.

Prvi, osnovni pogoj, da semantični nauk postane takšen okvir nanašanja, je polno priznavanje pojmovne zveze med pomenom in razlaganjem. Treba je, torej, da *nauk o razlaganju odkrito privzame določen nauk o pomenu* kot točko nanašanja za (normativno usmerjeno) rekonstrukcijsko raziskovanje razlagalnih praks, ki se odvijajo v kontekstu, izbranem kot področje našega raziskovanja (še posebej v kontekstu našega pravnega reda).

Drugi pogoj je, da naj bo sprejeti nauk o pomenu posebej primeren za pojasnjevanje označenih posebnosti pravnega jezika in razlagalne dejavnosti, ki se nanaša nanj, in naj ne bi bil le *zadosten* iz zornega kota splošnega semantičnega nauka. To pomeni najprej, (i) da mora omenjeni nauk o pomenu računati s tem, da je ta jezik predpisovalnega značaja in ima torej drugačno nalogo kot poročevalni jezik, po katerem so običajno oblikovani semantični nauki; (ii) da se ta jezik po nekaterih svojih značilnostih oddaljuje od *običajnega jezika*, ki je osnova za nanašanje *kontekstualističnih* naukov o pomenu, ki jim namenjam posebno pozornost; (iii) da je pravni jezik v vsakem primeru drugačen od *pogovornega jezika*, v katerem so izražena vsakdanja sporočila, ki so skoraj izključni predmet pozornosti samih kontekstualističnih naukov.

V zvezi z drugim pogojem smo se dotaknili pomembne točke, pri kateri se je vredno za trenutek pomuditi. Doslej smo brez posebne pazljivosti uporabljali besedo »kontekst«, čeprav ta predstavlja izredno pomembno prvino sodobnih semantičnih pojmovanj, pri katerih se navdihuje pričujoče besedilo (natančneje, gre za *kontekstualistična* pojmovanja). Zdaj pa je napočil trenutek, da podamo natančnejšo opredelitev tega pojma, ki je prikrojena pravnemu razlaganju. Iz tega zornega kota pomeni »kontekst« tiste podrobne in opredeljive vidike položaja oziroma okoliščin (predvsem določene posebne prostorske in časovne koordinate), v katere je vsakokrat umeščena oseba, ki prejme neko normativno sporočilo (razlagalec-pravnik in razlagalec-sodnik). Vredno je pojasniti, da na mestih, kjer govorimo o »položaju oziroma okoliščinah«, želimo zaobjeti oboje: poseben, *konkretni položaj (okoliščine)*, v katerega je umeščen sodnik vsakokrat, ko odloča v posameznem primeru, ter *položaj oziroma okoliščine*, ki so le *predpostavljene, tipizirane* ali *postavljene kot pojmovni poskus* s strani razlagalca-pravnika.

Prej smo govorili o pomembnih razlikah med *pogovornim* in *pravnim razlaganjem*. Te razlike pa vendar niso tolikšne, da bi onemogočale uporabo kontekstualističnega pogleda kot semantične osnove za nauk o pomenu, ki je prikrojen pravnemu razlaganju. Velik del tega, kar kontekstualizem zatrjuje glede »govorčevega pomena«, se da zelo dobro uporabiti tudi glede »naslovnikovega pomena« oziroma »pomena naslovnika sporočila«. Res je, da so za kontekstualizem vsa govorna dejanja občutljiva na kontekst. Vendar pa se moramo pri pravnem razlaganju obrniti k občutljivosti na kontekst, v katerega je umeščen

»naslovnik« sporočila (razlagalec-sodnik ali razlagalec-pravnik) in ne sporočevalec (zakonodajalec).²⁷

Tretji pogoj posebej zadeva eno od točk, ki smo jih omenili v zvezi z drugim pogojem. Gre za dejstvo, da je pravni jezik predpisovalen jezik, medtem ko jemljejo kontekstualistični semantični nauki kot privilegirano osnovo nanašanja v svojih analizah poročevalni (ali »opisni«) jezik. Če hočemo torej ta semantični nauk uporabiti za pravni jezik, moramo zatrjevati, da se težave v zvezi s semantično vsebino stavkov ne spremenijo bistveno, če preidemo od stavkov, ki imajo poročevalno nalogo (*trditve*), k stavkom s predpisovalno nalogo (*smernice*). In če zatrjujemo to, moramo po mojem mnenju absolutno nujno deliti tudi stališče, po katerem razlika med trditvijo in smernico, ki predstavljata isto semantično vsebino, ne leži v sami vsebini (nekateri ji pravijo *frastična*,²⁸ sam pa bom temu rekel *argument*), temveč v pragmatični nalogi, ki jo opravljata (v enem primeru v *poročevalni nalogi* in v drugem v *predpisovalni*). S to trditvijo z drugimi besedami potrdimo, da *predpisovalni pomen* pravzaprav ne obstaja.²⁹ Ista pomenska vsebina je lahko, glede na vrsto opravljenega govornega dejanja, *pragmatično oblikovana* bodisi kot trditev bodisi kot smernica. V pravoznanstvu temu pristopu, med drugimi, sledi *izrazno pojmovanje norm*.³⁰

Četrty in zadnji pogoj za vzpostavitev nauka o pomenu, ki je posebej »prikrojen« pravnemu razlaganju, zadeva način razumevanja »pomena«. Natančneje, gre za vprašanje, ali lahko na pomen gledamo izključno z *znotraj-jezikovnega* vidika (v moji izrazju le kot *smisel*), kot to zahtevajo *notranja* pojmovanja; ali izključno z *zunaj-jezikovnega* vidika, torej z vidika razmerja »jezik-svet« (v mojem izrazju le kot *nanosnik*), kot to zahtevajo *zunanja* pojmovanja; ali naj, spet drugače, pomen razumemo, kot da vsebuje obe razsežnosti (*smisel* in *nano-snik*)? V zvezi z značilnostmi pragmatično usmerjenega nauka bomo to točko obravnavali v naslednjem delu.

27 Francesca Poggi to točko ustrezno podčrta. Glej Francesca Poggi, *Contesto e significato letterale, Analisi e diritto* 2006, 196–203 (www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/).

28 Tukaj se očitno nanašamo na Richard M. Hare, *The Language of Morals*, London, Oxford University Press; ital. prevod *Il linguaggio della morale*, Rim, Ubaldini, 1968, 28–32.

29 To je stališče, ki ga deli veliko analitičnih filozofov (Strawson, Searle, Dummett, Kerner, Platts itd.), čeprav ga postavijo na drugačen način. Njihovo skupno izhodišče, vsaj o tem podroben vprašanju predstavlja Austinovo delo. Glej npr. John L. Austin, *Philosophical Papers* (1961), Oxford, Oxford University Press, 1970, 248–251. Glej tudi Michael Dummett, *Seas of Language*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 122–123, in Mark Platts, *Ways of Meaning. An Introduction to Philosophy of Language*, London, Routledge & Kegan, 1979, 43.

30 O tem pojmovanju glej npr. Eugenio Buljigin, *Norms and Logic. Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms, Law and Philosophy* (1985) 4 (2), 146–148.

7 ZNAČILNOSTI PRAGMATIČNO USMERJENEGA NAUKA

Zdaj bom orisal osnovne značilnosti pragmatično usmerjenega nauka o pomenu, posebej priкроjenega pravnemu razlaganju. Zaradi pojmovne povezave med »razlaganjem« in »pomenom« pa to pomeni tudi orisati značilnosti pragmatično usmerjenega nauka o pravnem razlaganju.

Najprej je treba pojasniti, v kakšnem smislu uporabljam oznako »pragmatično usmerjeni«. ³¹ Ta oznaka je mišljena, da bi poudarila pomemben vidik tega nauka, in sicer prav *nujnost*, da razlagalna dejavnost vedno in v vseh primerih *poteka znotraj konteksta* (v doslej uporabljenem pomenu). V odsotnosti tega ne moremo govoriti o postavitvi *celotnega pomena* določila, ki ga razlagamo. Skratka, *pragmatika* kot disciplina, ki preučuje učinke in vsakokratni kontekst sporazumevanja, daje potrebno usmeritev *semantiki* kot disciplini, ki preučuje običajni pomen besed.

Pri pragmatično usmerjenem nauku o pomenu ima kontekst dvojno vlogo. Najprej gre za kontekst, ki ga lahko poimenujemo »obrobni« kontekst ali kontekst »v ozadju«. Ta predstavlja zbir osnovnih podatkov o naravnih dejstvih (na primer o določenih naravnih zakonih), kulturnih dejstvih (na primer o prisotnosti določenih institutov in določenih družbenih navad), skupnih praksah o tem, kako določene stvari »izvesti pravilno« in tako naprej, ki jih delijo vsi (vsaj minimalno) sposobni člani neke jezikovne skupnosti. Ti osnovni podatki pomagajo utrditi nekatere ustaljene pomene glede naših trditev. ³² Če na primer svojemu služabniku naročim, naj »poreže travo«, bo služabnik na podlagi teh predpostavk »v ozadju« vsaj v normalnih primerih brez vsakega dvoma razumel, da način, na katerega se poreže trava (na primer s kosilnico), ni enak načinu, na katerega »porežemo nohte« (s škarjami). Služabnik to razume, čeprav v običajnem pomenu besede »porezati«, ki je vključena v mojem naročilu, ni ničesar, kar bi ga usmerilo k prvemu namesto k drugemu načinu ravnanja. Vendar pa bi za spremembo pomena zadevnega izraza zadostovalo, če bi spremenili »običajni kontekst v ozadju«. To lahko dosežemo (in kontekstualistično usmerjeni filozofi jezika to počnejo) tudi skozi »pojmovne poskuse«, ki služijo za spreminjanje nekaterih prvin konteksta »v ozadju« (po možnosti na neobičajen način). Tako, če nadaljujem z istim primerom, lahko nekomu naročim, naj »poreže travo« v kontekstu, kjer je zemlja že popolnoma brez zelenice in

31 Oznako »pragmatično usmerjeni nauk« na podoben način uporabljata tudi Dascal in Wroblewski. Marcelo Dascal, Jerzy Wroblewski, Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law, *Law and Philosophy* (1988) 7, 203–224.

32 Za dobro znano analizo konteksta »v ozadju«, glej John Searle, *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, 117–131, ter The Background of Meaning, v John Searle, Ferenc Kiefer in Manfre Bierwish (ur.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht, Springer, 1980, 221–232.

ostajajo le še drobni in občutljivi šopi trave, ki jo je treba previdno porezati s škarijami, če jo želimo ohraniti. Oznaka »porezati travo« bi imela tukaj kontekstualno drugačen pomen.

Bistvo tega premišljevanja je mogoče povzeti na sledeči način: »ni izrazov in trditev, ki bi bile popolnoma izvzete iz konteksta; brez kontekstov nanašanja in govornih dejanj ostajajo besede, ki jih izgovarjamo in pišemo, popolnoma inertne.«

Poleg obrobne konteksta, obstaja še kontekst v drugem smislu (predstavil sem ga že v predhodnem poglavju), ki uporablja tudi izraz »položajni kontekst«. Nekateri filozofi jezika pravijo temu tudi »osrednji kontekst«. Ta zadeva »natančne, lokalne in opredeljive vidike«, ki jih mora upoštevati naslovnik nekega sporočila, da lahko posameznim stavkom pripiše celotni pomen.³³

V primeru »vozil v parku« dobi izraz »vozilo« celotni pomen šele skozi konkretne (resnične ali namišljene) položaje oziroma okoliščine, in sicer z govornim dejanjem, ki proizvede izjavo, s katero se zadevni stavek izrazi na kontekstualno opredeljujoč način. To ovrže tudi vse dvome glede prepoznavanja, ali posamični predmeti pripadajo oziroma ne pripadajo »skupini vozil« (»ali je otroški avtomobil na pedala vozilo ali ne?«).

V zaključku teh obravnavanj je vredno poudariti, da je lahko iz zornega kota tega nauka celotni pomen nekega stavka proizveden le z združenim posredovanjem *obrobnega* in *osrednjega konteksta*. Pred tem imamo kot začetno osnovo le semantične *okvire* ali *sheme* pomenov. To so *običajni pomeni* posameznih izrazov v nekem stavku, ki sestavljajo okvir tega, kar hočemo povedati. Gre za pomensko določena mesta, ki predstavljajo tudi precejšnjo omejitev za postopek razčlenjevanja in konkretizacije, ki nas bo pripeljal do celotnega pomena. Vendar, kot sem rekel, dobimo celotni pomen le s posamičnim govornim dejanjem, ki proizvede izjavo stavka s tem, ko ga umesti v kontekst.

Poskusimo zdaj orisati tri osnovne značilnosti tega pristopa k pomenu. Vendar pa je treba najprej povedati nekaj več o splošnejši oznaki, ki smo jo pripisali temu nauku, ko smo ga v nasprotju s *statičnim* pristopom označili kot *dinamičnega*. V tem smislu je treba pojasniti, da gleda ta nauk na *postopek jezikovnega sporazumevanja* kot na temeljno razsežnost, na katero se je treba nasloniti, če hočemo razumeti pojem pomen. Gre torej za pojmovanje, ki naslavlja, prvič, *subjekte sporazumevanja* (sporočevalce in naslovnike) ter drugič, in to je še pomembneje, *kontekst*, v katerem se sporazumevanje odvija. Iz tega zornega kota pomen ni umeščen niti v abstraktno in brezčasno *logično razsežnost* niti v *psihološko ali miselno razsežnost*; kot bi bil *tertium quid* med jezikom, v katerem poteka sporazumevanje in predmeti, o katerih ta govori. Kot bomo jasneje videli v nadaljevanju, soobstajata pri pomenu obe razsežnosti postopka jezikovnega

33 O razlikovanju med *obrobnim* in *osrednjim kontekstom* glej Bianchi 2001 (op. 22), 268–271.

sporočanja: uporabljeno jezikovno orodje (*smisel*) in predmeti, na katere se pri samem sporočanju nanašamo (*nanosnik*).

Kar sem povedal; nakazuje na določeno (iz)oblikovanost nauka o pomenu. Glede na to (iz)oblikovanost ni cilj tega nauka, da bi *statično* opisal in razložil stvarino »pomena« skupaj z njenimi lastnostmi, temveč da *dinamično* pojasni vrsto veščin in sposobnosti, ki so povezane s proizvajanjem, razumevanjem in razlaganjem pomenov.³⁴ Očitno je, da ima v pragmatično usmerjenemu pogledu *dinamična* razsežnost, ki je povezana z raziskovanjem nastajanja in/ali pripisovanja pomenov, prednost pred *statično* razsežnostjo, ki je povezana z raziskovanjem *narave pomena* (»kaj je« pomena). Druga razsežnost je tista, ki je v nekem smislu odvisna od prve.³⁵

Na podlagi pravkar povedanega lahko trdimo, da si bo ta nauk prizadeval preseči umetno razdvojenost med »odkrivanjem« in »ustvarjanjem«, ki obstaja v tradicionalnih pojmovanjih pravnega razlaganja. Te razdvojenosti v resnici ne izzove nobeno od treh pojmovanj, ki smo jih obravnavali v prejšnjem poglavju. Osnovna misel za tem predlogom je, da je mogoče v okviru *dinamičnega* nauka o pomenu stati na precej razumnem stališču, da je pravno razlaganje »mešanica odkrivanja in ustvarjanja«. To je mogoče doseči na popolnoma neprotisloven način, saj sta v postopku pripisovanja pomena res prisotni obe razsežnosti, tako razsežnost odkrivanja kot ustvarjanja, vendar *ne istočasno*, temveč v različnih korakih; torej v enem ali drugem od različnih korakov (te bomo preučili v nadaljevanju poglavja), v katerih se ta postopek *dinamično* odraža.

Iz zgoraj orisanega dinamičnega pristopa izhajajo tri osnovne značilnosti, ki jih je treba dodeliti pojmu pomen, in ki so posebej primerne za nauk o pravnem razlaganju.

Prvič, pomen je *stopnjevit* pojem, oblikovan na več različnih ravneh;³⁶ drugič, gre za *vkjučevalni* pojem, ki vključuje znotraj-jezikovno razsežnost (*smisel*) in razsežnost razmerja »jezik-svet« (*nanosnik*); tretjič, gre za pojem, ki vključu-

34 To stališče dobro poudari Michael Dummett, What is a Theory of Meaning? (II), v Gareth Evans in John McDowell (ur.), *Truth and Meaning. Essays in Semantics*, Oxford, Clarendon Press, 1976, 69–72. Glej tudi Paul Grice, *Studies in the Ways of Words*, Harvard, Harvard University Press, 1989, 25 in nasl.

35 Za relativno nov, splošni pragmatični pristop k filozofiji jezika glej Robert Brandom, *Making it Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.

36 Stališče, da ima pomen več razsežnosti ali plasti, je široko sprejeto v filozofiji jezika. Glej npr. Mary Hesse, *Revolutions and Reconstructions in the Philosophy of Science*, Brighton, Harvester Press, 1980, 113, in Hilary Putnam, *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers. Vol. II*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, 246, 268–269. Vendar v tem prispevku sledim zlasti shemi, ki jo je predstavila Ruth Kempson, *Semantic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977, 11 in nasl.

je *postopno oblikovanje* pomena, tj. vključuje pomen, ki ni proizveden »hipoma in v celoti«, temveč v zapletenem postopku, ki zajema več korakov.³⁷

V tem delu se bomo ukvarjali s prvo od omenjenih značilnosti, v naslednjem z drugo in v zadnjem delu s tretjo značilnostjo. Zdaj pa je čas, da razločimo (še) tri plasti pomena: pomen v *širšem smislu*, pomen v *ožjem smislu* in pomen v *šibkem smislu*.

Na prvi ravni je *pomen v širšem smislu*, kot lahko temu rečemo. To je splošni pomen razlaganega stavka (saj, kot smo povedali, celotnega pomena pred razlaganjem ni), ki ga vidimo kot orodje, s katerim sporočamo nekaj določnega. Na tej ravni je treba torej pomen razumeti kot *samostojno vsoto sporočanja*, ki jo lahko z razlaganjem izpeljemo iz stavka.³⁸ S to opredelitvijo se nanašam na *vse*, kar je bilo preneseno s sporočilom, vsebovanim v stavku. Pri tem je pomembno, da opazimo, da na tej, zelo splošni ravni *pomen* nekega stavka (v smislu celotnega sporočila, ki ga stavek izraža) vključuje tudi *funkcijo*.

Na drugi ravni je *pomen v ožjem smislu*. To je *predmet stavka*, njegova semantična vsebina, ki je izpeljana z razlaganjem, pri čemer postavimo v oklepaje pragmatično prvino, povezano s funkcijo. Kot smo že povedali, je nujno na tej ravni jasno ločiti pomen in funkcijo. Prav tukaj, skratka, morata biti ti dve prvini združeni: pomen v ožjem smislu (kot *predmet*) mora biti obravnavan neodvisno od funkcije, čeprav v nekem smislu z njo tudi povezano.

Tretjo raven predstavlja pomen v *šibkem smislu*. To je pomen posameznih besed in predstav, ki jih te nakazujejo. Te besede in predstave nam skozi razlagalno dejavnost pomagajo proizvesti celotni pomen (morda enega od več možnih pomenov) stavka (v našem primeru: pravnega stavka). Ta, tretja raven pomena; je označena za »šibko« zato, ker je v celoti jasno, da pomen posameznih besed, preden se začne razlagalni postopek, ne izraža celotnega sporočila. Vendar to ne pomeni, da posamezni izrazi, ki so del nekega stavka, nimajo nikakršnega pomena. Kot bomo videli, imajo ti izrazi *osnovne običajne pomene*, kot izhajajo iz jezikovnih običajev, ki jih je privzel zadevni jezik in so v skladu s tem vključeni v slovarje. Ti *šibki pomeni* predstavljajo skupno jezikovno ozadje usposobljenih govorcev nekega naravnega jezika (in tehniziranega jezika, kakršen je pravni jezik). Brez tega skupnega ozadja si težko predstavljamo, kako govorci nekega jezika drug drugega razumejo in se skupaj sporazumevajo. Brez tega bi bilo sporazumevanje vedno »skok v temo«.

V našem primeru ima beseda »vozilo« iz odloka šibek osnovni pomen, ki bolj ali manj ustreza temu, kar lahko v slovarju najdemo pod vnosom, ki se nanaša na to besedo. Skratka, kar bi našli, je neke vrste osnovna opredelitev, ki

37 Med drugimi se s tem stališčem strinja Mauro Barberis, *Il sacro testo. L'interpretazione giuridica fra ermeneutica e pragmatica*, *Ars interpretandi* (1999), 282–289.

38 Glej Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, 146.

gre nekako takole: »vozilo je predmet s kolesi in na lastni pogon, z njim lahko prevažamo ljudi ali stvari«. Po možnosti bi ob tem našli tudi kakšno podobo, ki predstavlja tovrstne predmete (na primer sliko avtomobila).

Pomembno je poudariti, da so besede, ki so najbolj zanimive za pravno razlaganje, (iz)oblikovane kot *splošni opisni izrazi*.³⁹ »Vozilo« je ena od takšnih besed, vendar lahko enako rečemo tudi za bolj zapletene sestave, kot je besedna zveza »državno premoženje«, ali tiste, ki terjajo vrednostno oceno, kot je »spodobnost v običajnem smislu«. Pomembno je pojasniti še, da splošni opisni izrazi nakazujejo *vrsto* ali (zbirne) *pojme* in imajo zato razpon, ki obsega več kot le en sam predmet.

8 SMISEL IN NANOSNIK

Pri pomenu v šibkem smislu bom torej razlikoval dve razsežnosti, *smisel* in *nanosnik*. Kot je bilo že rečeno, bom na ta način vpeljal *vključevalni* pojem⁴⁰ pomena posameznih besed, ki ima *dvojno* naravo. Kot sem rekel, gre za pojmovanje, ki razlikuje med dvema *samostojnima* prvinama te plasti pomena (čeprav obstaja med njima razmerje vzajemnega vplivanja), ki ju bomo zelo na kratko in shematično analizirali v nadaljevanju. Ti prvini sta: (i) *smisel*, ki zadeva *znotraj-jezikovno razsežnost* pomena in s tem povezane veščine in sposobnosti (zmožnost razumeti in govoriti kak jezik), ter (ii) *nanosnik*, ki zadeva *razmerje med jezikom in stvarnostjo* ter s tem povezane veščine in sposobnosti glede povezovanja med jezikom in svetom (v primeru, kjer je nanosnik izražen v splošnih oznakah, tj. oznakah po skupini, po vrsti in podobno).

Za nauk o pravnem razlaganju je izredno pomembno, da sprejmemo vključevalni pristop k nauku o pomenu. Takšen pristop nam po eni strani omogoča (v mejah, v katerih priznava – delno – samostojnost razsežnosti smisla), da v semantičnem ključu rekonstruiramo zapletene razlagalne posege, ki jih izvajajo pravniki, kadar se ukvarjajo z zakonodajalčevimi izrazi, raziskujejo njihove sistemske povezave z drugimi izrazi v zakonskem jeziku in gradijo zapleteno mrežo pravnih pojmov. Po drugi strani pa nam omenjeni pristop omogoča tudi (v mejah, v katerih je razsežnost nanosnika vključena v pomen), da se izognemo vsakršnemu prelomu med tem »notranjim« delom pravnikov in zvezo s konkretnimi primeri (ali natančneje: z nanašanjem na predmete in dogodke, ki ponazarjajo konkretne primere). Poleg tega nam privzetje vključevalnega pojmovanja pomena omogoči, da pridemo do pomembnih ugotovitev glede nauka o razlaganju, ki pa jih lahko tukaj zaradi pomanjkanja prostora le omenimo. Takšno pojmovanje pomena nam dejansko omogoča prepoznati, prvič, da ni

39 Glej Tarello 1974 (op. 38), 223.

40 V zvezi z naukom o pomenu uporablja besedo »vključevalni« Hesse 1980 (op. 36), 113.

nikakršne jasne ločnice med »znanstvenim razlaganjem« (izvajajo ga pravni-ki) in »praktičnim razlaganjem« (tega izvajajo sodniki), temveč (če sploh kaj) obstaja med njima v osnovi močna homogenost; drugič, omogoča nam, da se izognemo močnemu pojmovnemu prelomu med razlaganjem in uporabljanjem prava – ti dejavnosti je namreč mogoče videti kot dva koraka enega postopka, vsaj če ga rekonstruiramo po semantičnem ključu.

Uporabno izhodišče za bolj jasno razumevanje razlikovanja med tema raz-sežnostma pomena je, da si poskusimo zamisliti dve različni vrsti možnih vprašanj, ki jih lahko tudi na ravni običajnega jezika zastavimo glede pomena neke besede ali pojma, ki ga beseda nakazuje. Intuitivno ni težko ugotoviti, da sta to dve različni vprašanji, ki porajata dve različni vrsti problemov.

Prvo vprašanje zadeva prav *smisel* besede ali pojma. Oblikovati ga je mogoče takole: »Kaj beseda ali pojem *pomeni*?«

Drugo vprašanje, drugače, zadeva *nanosnik* besede ali pojma. Oblikujemo ga lahko na sledeči način: »Na kaj se beseda ali pojem *nanaša*?«

Začel bom s kratko analizo *smisla*. V skladu s *pragmatičnim in dinamičnim* pogledom na jezik kot orodje sporazumevanja – in z videnjem pomena kot *pro-izvoda razlaganja* – moje raziskovanje *smisla* za osnovni tematski sklop ne bo vzelo vprašanja »Kaj je stvarina, ki ji pravimo *smisel*?« – morda posredujoč med mislijo in resničnostjo, torej med jezikom in predmeti (pri tradicionalnem, *sta-tičnem* pogledu na pomen in razlaganje); temveč vprašanje »Kaj pomeni razu-meti smisel neke besede ali pojma?«.

»Razumeti smisel jezikovnih tvarin« pa pomeni, da moramo izkazati poseb-no *spособnost* tako na ravni fran. *langue* (naravni jezik, ki se trenutno govori v tej skupnosti) kot na ravni fran. *langage*. Poskusimo zdaj ti dve ravni nekoliko bolj jasno razmejiti.

»Razumeti smisel« na ravni fran. *langue* pomeni, da izkažemo zmožnost pravilno uporabljati besede jezika, ob predpostavki, seveda, da je njihov pomen znan iz zornega kota pojmov (v tem jeziku), ki jih te besede sooznačujejo. To pomeni torej, da smo zmožni pravilno izvesti ustrezne *zamenjave* besed, katerih pomen ni znan, z vstavljanjem *sopomenk* z znanim pomenom. Pomislimo na primer na tujca, ki ne razume stavka »Mario je samski«, ker ne pozna pomena besede »samski« v tem fran. *langue*. Tukaj pojasnitev smisla pomeni torej za-menjavo te besede ali rekla z njeno oziroma njegovo *sopomenko* (»neporočen«), katere smisel je sicer poznan.

»Razumeti smisel« na ravni fran. *langage* pomeni zmožnost, da osvojimo in/ali proizvedemo celo vrsto domnev glede značilnosti oziroma lastnosti pred-metov, ki so zajeti s pomenskim obsegom določenih splošnih izrazov. Gre za domneve, ki nastanejo s posredovanjem različnih vrst *opredelitev* teh splošnih izrazov. Te domneve lahko zadevajo (i) *začetni korak* razlaganja in predstavljajo

trdno pojmovno osnovo (pojme, ustaljene vzorce), na kateri temeljijo izrazi, ki jih opredeljujemo; (ii) *zaključni korak* razlaganja, kjer pomagajo določiti *celotne pojme*, ki jih sami izrazi sooznačujejo. Očitno je, da pravno razlaganje zanima druga od teh ravni.

Vrnimo se k našemu priljubljenemu primeru odloka o »vozilih«. Vprašajmo se, kateri so osnovni pogoji, da opredelimo »policista-razlagalca« kot jezikovno sposobnega člana njegove pravne skupnosti. Tukaj bo zadostovalo, če se omejimo na drugo vrsto pogojev, torej tistih, ki zadevajo raven pravnega jezika. Policist se bo pokazal za jezikovno sposobnega člana pravne skupnosti, v kolikor bo, prvič, zmožen najti *trdno pojmovno osnovo* pojma vozilo (tako se bo na primer zanašal na prej omenjeno domnevo, da je »vozilo sredstvo za prevažanje ljudi in stvari, zlasti če je mehanično in ga upravlja človek«); drugič (glede možnega konkretnega primera »otroškega avtomobila«), če bo zmožen znotraj pomenskega obsega pojma »vozilo« določiti ustrezne koordinate (koordinate, ki jih bo med drugim izsledil na podlagi domneve, da je »vozilo mehanično sredstvo za prevoz, ki lahko ustvarja hrup in povzroči škodo stvarjem ali ljudem«) in tako postaviti celotni smisel tega pojma. Tako pripisani smisel bi očitno utemeljil njegovo odločitev, da lahko »otroški avtomobil« vstopi v občinski park.

Pomaknimo se zdaj naprej k *nanosniku*. V zvezi z nanosnikom hoče naslovnik sporočila vedeti naslednje: »*Kateri predmet* je ta, o katerem oseba, ki prenaša sporočilo, *govori*?« Ta pojem označuje torej predmete, ki v nekem smislu obstajajo v resničnosti in na katere se nanašajo naše besede.

Tudi za pojem nanosnik bomo uporabili dinamični in pragmatično usmerjen pristop k pomenu in razlaganju, ki ga že vseskozi uporabljamo v tem prispevku. V tem smislu problem nastavitve nanosnika splošnim izrazom ni več povezan z vprašanjem, »kaj je nanosnik«, temveč z vprašanjem, »kako se nanosnik pridobi in/ali pripiše«. V tem okviru moramo najprej pojasniti, da je mogoče dejavnost iskanja nanosnika razdeliti v tri različne korake, ki jih bomo zdaj preučili.

Prvi korak tega postopka je *opredeljevanje ali prepoznavanje paradigmatičnih primerov*. Ta korak zadeva prepoznavanje *paradigmatične vrednosti* nekaterih konkretnih primerov iz skupine, ki jo sooznačuje vpleteni splošni izraz. Gre za prepoznavanje tega, da nekateri posamični »vzorčni« predmeti brez dvoma sodijo na polje nanašanja tega izraza. V našem primeru so »avtomobili« gotovo *paradigmatični primeri* pojma »vozilo«, ki jih kot takšne prepozna jezikovno usposobljen član pravne skupnosti (policist-razlagalec).

Drugi korak je *prepoznavanje vrste predmetov, ki jih izraz označuje*. Pri tem koraku se ukvarjamo z ugotavljanjem *možnega pomenskega obsega* izraza. Gre torej za to, da določimo *možno množico* predmetov, v zvezi s katero je mogoče izraz uporabiti. Pomembno je natančneje pojasniti, da pri kontekstualističnem pojmovanju polje nanašanja (tj. pomenski obseg izraza) ni obravnavano kot *bistveno (samo po sebi) povezano* z rabo tega izraza, temveč je v zvezi s pose-

ganjem številnih spremenljivk dojemljivo za rekonstrukcijo na različne načine (kontekst je »neizčrpen«).⁴¹ Te spremenljivke so pri pravnih izrazih po eni strani povezane predvsem s splošnim potekom razlaganja določila, katerega del so ti izrazi (gre za celoten sklop »besedilnih« in »zunaj-besedilnih« prvin, ki služijo usmerjanju razlaganja, kot so namen določila, načela, ki ga podpirajo, in tako naprej), in po drugi strani s potrebami uporabljanja v zvezi z značilnostmi konkretnih primerov oziroma vzorčnega primera, ki ga določilo ureja.

Kaj pravzaprav pomeni postaviti – možni – pomenski obseg splošnega izraza? Ta poseg je sestavljen iz *širjenja obsega* semantičnega področja nekega izraza. To širjenje se odvija skozi postopek, ki teče od – v tistem trenutku – *jasnih primerov*, glede katerih ni nobenega dvoma, da pripadajo tej množici (*paradigmatični primeri*), do *dvomljivih primerov*, katerih pripadnost tej množici, je bolj negotova. Pozitivni izid tega postopka je odvisen od *stopnje podobnosti* (če sploh obstaja), ki jo najdemo med dvema vrstama primerov. Seveda mora biti pri tem ocenjena tudi *pomembnost* podobnosti za zadevne primere (ta pa je odvisna od izida, ki ga želimo doseči s postopkom razlaganja in uporabljanja).

Tretji korak je *prepoznavanje enega samega predmeta znotraj pomenskega obsega nekega pojma*. Iz zornega kota logike gre za *končni korak* postopka pripisovanja nanosnika. To pomeni, da v posameznem konkretnem predmetu prepoznamo ali drugače odkrijemo pripadnost množici (skladno z vsemi nameni in cilji), ki jo sooznačuje izraz. *Pozitivni* ali *negativni* izid tega posega (prepoznavanja) je odvisen od tega, kako ovrednotimo podobnosti med posameznim konkretnim predmetom in navadnimi člani množice (seveda na osnovi predhodnega izbora tistih podobnosti, ki jih štejemo za *pomembne*).

Če korak prepoznavanja nanosnika postavimo v okvir pravnega razlaganja, ugotovimo, da ta posebej zadeva *trenutek uporabljanja* prava. Gre za korak, pri katerem sodnik v okviru razlaganja uporabi splošno normo na konkretnem primeru.

9 POSTOPNO OBLIKOVANJE POMENA

Kot sem že omenil, gre pri tretji značilnosti pragmatično usmerjenega nauka o pomenu za stališče, po katerem je pripisovanje pomena nekemu stavku (oziroma natančneje, v primeru, ki nas najbolj zanima: neki pravni določbi) *postopek, ki ima več korakov*. V tem postopku se v stiku s konkretnimi ali vzorčnimi primeri postopno razčleni semantični okvir določbe, dokler skozi izjavno dejanje ni proizveden celotni pomen.

⁴¹ Charles Travis je mnogokrat podčrtal to zelo pomembno značilnost konteksta. Glej npr. Charles Travis, *Pragmatics*, v Bob Hale and Crispin Wright (ur.), *A Companion to the Philosophy of Language*, Oxford, Blackwell, 1998 (prva izdaja 1997), 87–102.

Koristno je, če te različne korake povežemo z dvema velikima razsežnostma, *običajno razsežnostjo* (*razsežnost običajnega pomena*) in *kontekstualno razsežnostjo* (*razsežnost kontekstualnega pomena*).⁴² Njuna prisotnost nam omogoči, da pridemo do izida, ki je za nas pomemben: pojmovne ločitve prvin *odkrivanja* (*običajna razsežnost*) in *ustvarjanja* (*kontekstualna razsežnost*) pri pravnem razlaganju. Na ta način lahko pojasnimo misel, ki se zdi intuitivno prepričljiva, in sicer da posebnost razlaganja tiči v »mešanici odkrivanja in ustvarjanja«; na ta način se izognemo tudi protislovnim zatrjevanjem, do katerih bi drugače prišli, če bi trdili, da sta odkrivanje in ustvarjanje dejavnosti, ki se odvijeta istočasno, v istem koraku.

Kot smo rekli, *dinamični* pogled na pomen vključuje misel, da je pomen nekaj, kar se *oblikuje postopoma*. To pomeni, da se oblikuje po stopnjah, ko gre skozi različne korake (in torej skozi postopno razčlenjevanje semantične vsebine zadevnega določila) in ne »hipoma in v celoti« (pa naj gre za odkrivanje ali ustvarjanje). Kot vemo, lahko pri tem razločimo dva koraka (naknadno ju bomo razstavili na več »pol-korakov«), ki ju moramo oba obravnavati kot *nujni* postaji pri postavljanju celovitega pomena nekega stavka.

V tem postopku, razdeljenem na več korakov, je običajni pomen (posameznih izrazov) na začetku dejavnosti pripisovanja pomena nekemu določilu in sestavlja deljeno začetno osnovo (»skupno semantično ozadje« – na primer pojmov in paradigmatičnih primerov – v katero sporočevalci in naslovniki sporočila v tistem trenutku ne dvomijo), medtem ko je kontekstualni pomen v *drugem koraku postopka*, ki teče v smeri cilja vzpostaviti polno razčlenjeni pomen. To pa dosežemo, kadarkoli pride do konkretne sporočilne izmenjave.

Vendar ostaja dejstvo, da je pri pravnem razlaganju končni trenutek celotne postavitve pomena nekega določila šele njegova dokončna semantična razčlenitev (zelo pogosto ena od številnih možnih) znotraj številnih kontekstov sprejema, v katere je vsakokrat umeščeno normativno sporočilo, ki ga izraža samo določilo.

V popolnoma razdelanem *dinamičnem* pogledu na pomen ni dovolj, da ločimo med razsežnostma običajnega in kontekstualnega pomena. Treba je razločiti tudi številne drobne korake v postopku postopnega oblikovanja pomena, ki so bodisi izključno del prve bodisi izključno del druge razsežnosti. Samo če upoštevamo vse podrobnosti teh številnih korakov, lahko dobimo jasnejšo predstavo o tem, kako konkretno poteka postopek pripisovanja pomena pravnim določbam. Na žalost tukaj zaradi pomanjkanja prostora ne morem podrobneje preučiti te izoblikovanosti razlagalne dejavnosti v korakih, temveč lahko vse skupaj le na kratko omenim.

⁴² Pomembno je poudariti, da iz dinamičnega zornega kota ni nikakršnega nasprotja med tema razsežnostma. O tem stališču glej Kempson 1977 (op. 36), 5.

Razmislimo najprej o *pripisovanju smisla*. Zelo shematično rečeno ta poteka v dveh korakih. Prvi, ki pripada običajni razsežnosti, zadeva ugotavljanje prisotnosti določenega pojma (skupne semantične osnove, ki lahko pripelje do različnih celotno oblikovanih smislov tega pojma). Drugi korak pa pripada kontekstualni razsežnosti in zadeva postavitev celotno oblikovanega pojma.

Razmislimo zdaj še o *pripisovanju nanosnika*. Če povzamemo, lahko rečemo, da ta poteka v treh korakih. Prvi zadeva opredeljevanje paradigmatičnih primerov in pripada običajni razsežnosti. Drugi zadeva postavitev možnega pomenskega obsega pojma in pripada kontekstualni razsežnosti, tako kot tretji, pri katerem gre za prepoznavanje umeščenosti posameznega predmeta znotraj pomenskega obsega tega pojma.

Iz angleškega izvirnika prevedel

Tilen Štajnpihler.⁴³

43 Poleg urednika so mi svojo pomoč in nasvete pri prevajanju nudili Vesna Božič, Ciril Keršmanc, Aleš Novak in Katja Škrubej. Vsem se prav lepo zahvaljujem. Pri delu sem si prizadeval uporabljati slovensko pravno izrazoslovje, vendar sem se na redkih mestih kljub temu odločil za uporabo tujk. Prevajanje namreč razumem kot posredovanje sporočila, ki ga je bralcu namenil nekdo drug. Svojo nalogo (kot prevajalec) tako dojemam v prvi vrsti kot skrb za to, da bo bralec brez večjih težav ustrezno razumel, kar mu je hotel povedati sam avtor besedila. Zato sem mestoma bolj zadržan glede slovenskih izrazov, ki sicer pomensko popolnoma ustrezajo izvirniku, vendar jih širši krog bralcev (še) ni popolnoma sprejel. Pri prevajanju izraza angl. *theory* namesto običajne oznake »teorija« uporabljam izraza *nauk* in *pravoznanstvo*. Izraza »koncept« (angl. *concept*) in »koncepcijo« (angl. *conception*) sem nadomestil s *pojmom* in *pojmovanjem*. V tem okviru je besedna zveza v svojem bistvu sporni pojmi prevod za angl. *essentially contested concepts*. Angl. *internalistic* in angl. *externalistic conceptions* sem prevajal kot *notranja* in *zunanja pojmovanja*, *izrazno pojmovanje norm* pa je prevod za angl. *expressive conception of norms*. Za osrednji pojem prispevka – angl. *context* in njegove izpeljanke (na primer angl. *contextualism*) nisem uspel najti izraza, ki bi bil ustrezen na vseh mestih v besedilu (na primer »sobesedilo«, »okolščine«), zato sem se odločil za enotno uporabo tujke *kontekst*. Tako sta angl. *distal* in angl. *proximal context* postala *obrobni* in *osrednji kontekst*. Angl. *background context*, angl. *conception* ali angl. *assumption* so *kontekst*, *pojmovanje* ali *predpostavka* »v ozadju«. Pri izrazu angl. *semantics* (in izpeljankah) sem namesto slovenskega izraza »pomenoslovje« uporabil pogostejše uporabljeni izraz *semantika*. S tem sem hotel olajšati razumevanje besedila, zlasti pri posameznih izpeljankah tega izraza, ki se v prispevku pojavljajo v zelo različnih pomenskih odtenukih (glej tudi uvodno pojasnilo opombe). *Smisel* in *nanosnik* sta prevoda pojmov angl. *sense* in angl. *reference*; slednjo v literaturi in slovenskem jeziku zasledimo tudi kot *referenco* (glej na primer Igor Ž. Žagar, *Od performativa do govornih dejanj*, Ljubljana, Pedagoški inštitut, 2009). Angl. *reference point*, angl. *field of reference* in angl. *semantic reference model* so postali *točka nanašanja*, *mesto oziroma polje nanašanja* ter *semantični okvir nanašanja*. Angl. *extension* sem prevajal kot *pomenski obseg*, angl. *speech act* kot *govorno dejanje*. Pri besedni zvezi angl. *internal point of view* v zvezi s Hartovim pravnim naukom sem namesto »notranji vidik (pravil)« (ta oznaka se pojavlja v slov. prevodu Hartovega temeljnega dela, *Koncept prava*, Ljubljana, ŠOU, 1994, ki ga je prevedla Jelka Kernev Štrajn) izbral besedno zvezo *pogled od znotraj*. Po moji oceni ta oznaka ustrežneje predstavi Hartovo misel, s katero je hotel poudariti »položaj« oziroma »zorni kot« osebe, ki motri pravila. *Obrobni (zasenčeni) del* je prevod besedne zveze angl.

Predstavitev avtorja

Vittorio Villa je redni profesor za filozofijo prava na Univerzi v Palermu. Tako v Palermu kot v Agrigentu poučuje tudi pravno metodologijo. Kot gostujoči profesor je predaval na Univerzi v Edinburgu. Je avtor številnih razprav v italijanščini, francoščini, kastiljščini in angleščini. Objavil je nekaj knjig. V kastiljščino bo v kratkem prevedena knjiga o konstruktivizmu in pravnih naukih: *Costruttivismo e teorie del diritto* (Giappichelli, 1999). V portugalsčino se prevaja njegovo delo o pravnem pozitivizmu: *Il positivismo giuridico. Metodi, teorie e giudizi di valore* (Giappichelli, 2004). Pisal je še o zgodovini analitične filozofije prava – *Storia della filosofia del diritto analitica* (Il Mulino, 2003), pa o pravnem vedenju in pojmu postavljenega prava – *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo* (Giappichelli, 1993) ter o modelih in analogijah med pravoslovnjem in naravoslovnjem – *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali* (Giuffrè, 1984). Kot član uredništva sodeluje pri odlični reviji *Ragion Pratica*, posvečeni normativni etiki in filozofiji prava.

penumbrae area. Pri prevajanju oznake angl. *legal reasoning* sem se odločil za (zdaj že) uveljavljeno pravno razlogovanje. Za angl. *legal sentence* uporabljam pravni stavek, pri prevajanju izraza angl. (*legal*) *disposition* pa sem izbral izraz (pravna) *določba* oziroma *določilo*. Oznaka *pravna norma*, ki jo razumem kot nadpomenko za pravna pravila in pravna načela, stoji na mestu izraza angl. *legal norm*, medtem ko je *pravno pravilo* prevod za angl. *legal rule*. Pri tem se mi zdi smiselno opozoriti še, da nekateri v zvezi iskanjem krovnega izraza za pravna pravila in pravna načela govorijo tudi o *pravnem vodilu* (primeroma glej razpravljanje v Matej Acceto, *Vloga pravnih načel v pravni teoriji in praksi*, Zbornik znanstvenih razprav (2005) LXV, opomba 3). Pri izrazu angl. *constitutionalization*, ki se prevaja tudi kot »poustavljanje« (tako na primer Andrej Kristan pri prevajanju članka Manuela Atienze, *Argumentiranje in ustava*, *Revus* (2009) 9), sem ohranil tujko *konstitucionalizacija*. Osnovni razlog za ohranitev tujke je tudi v tem primeru lažje razumevanje besedila (glej uvodno pojasnilo opombe). Pri prevajanju angl. *codification* (*codified law*) pa sem namesto ustaljene oznake »kodifikacija« uporabil izraze *uzakonjanje*, *uzakonitev*, *uzakonjeno pravo*. *Prekomerno razlaganje ustave*, ki se pojavlja tudi kot »čezrazlaganje ustave« (tako že omenjeni Kristanov prevod Atienze v *Revusu* (2009) 9), pa je prevod za besedno zvezo angl. *overinterpreting the constitution*. Mislim, da med omenjenima besednima zvezama v slovenščini ni bistvene razlike. Tako »prekomerno razlaganje« kot »čezrazlaganje« sta v nevarnosti, da v določenem sobesedilu (neupravičeno) dobita slabšalni prizvok. V tem primeru sem izbral »prekomerno razlaganje«, saj se mi zdi kombinacija pridevnika (»prekomerno«) in samostalnika (»razlaganje«) sama zase bolj ustaljena in razumljiva kot nova beseda (»čezrazlaganje«), ki skuša oboje združiti. *Razlagalna izbira po prostem preudarku* se mi je zdela ustrezna oznaka za angl. *discretionary interpretative choice*. Za prevajanje večpomenskega pridevnika angl. *prejudicial* sem v danem sobesedilu izbral izraz *predhodni*. Namesto izraza »komunikacija« (za prevod angl. *communication*) sem se odločil za *sporazumevanje* oziroma *sporočanje* (odvisno od sobesedila), ki ju v tem prispevku obravnavam kot medsebojno zamenjiva. Pridevniki *poročevalni*, *predpisovalni*, *ocenjevalni* in *želelni* pa nadomeščajo tujke »informativni« (angl. *informative*), »normativni« (angl. *normative/perscriptive*), »evalvativni« (angl. *evaluative*), »optativni« (angl. *optative*). V danem sobesedilu se mi je zdelo primerno običajno uporabljeni pridevnik »moderen« (angl. *modern*) nadomestiti s pridevnikom *novoveški*.

Predstavitev prevajalca

Tilen Štajnpihler je mladi raziskovalec na katedri za teorijo in sociologijo prava Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

Vittorio Villa

A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation

Based on a dynamic approach to the understanding of meaning, the author develops what he calls a pragmatically oriented theory of legal interpretation. This theory differs both from formalistic and anti-formalistic approaches to legal interpretation, for interpretation is, according to the author, at the same time a discovery of some levels of meaning and a construction of other levels of meaning. Meaning is thus understood as a gradual entity, which forms at various levels. It implies both the inter-linguistic dimension (*i.e.* sense) and the language-world relation (*i.e.* reference). It is never produced all at once, but is rather formed progressively, that is, step by step. In this, the context is essential. The context is only provided in a concrete (real or paradigmatic) case for which we are to interpret a certain legal disposition. For that reason, it is a judge as the interpreter of the text who (besides the author of the text) necessarily contributes to the final definition of its meaning. The article is published in the English original and in its Slovenian translation by Tilen Štajnpihler.

Key words: legal interpretation; formalist, anti-formalist, eclectic, and pragmatically oriented theory of legal interpretation; static and dynamic theory of meaning; sense, reference, context

1 THE CENTRAL ROLE OF INTERPRETATION IN CONTEMPORARY LEGAL THEORIES

Interpretation is at the centre of attention today, much more than in the past, in the most significant trends of contemporary legal theory (for instance, in analytical legal theory and in legal hermeneutics). It is true that it has always been considered a *necessary* and *prejudicial* element for carrying out the “ordinary” activities of judges and jurists; in traditional legal theories, nevertheless, interpretation was considered by and large a “sector topic”, though one of decisive importance. If, for instance, we consider the work of Kelsen, certainly the main exponent of the normativist current of legal positivism in the last century, we see that in his main work legal interpretation is discussed in

the last chapter¹, and hence after that all the basic problems for Kelsen's legal theory have been dealt with and resolved: problems, that is to say, linked to identification and attribution of validity to legal norms inside a system that encompasses them in a unitary way. For Kelsen, in short, interpretation begins to work upon norms whose *existence* has already been verified, independently of interpretation (in the light of the category of validity); thus for Kelsen interpretation does not participate in the process through which legal norms come into being.

Today, instead, some of the most significant works in legal theory are developed precisely as theories of interpretation, and have this focal point as their central theme. This is the case, for instance, of Dworkin's theory² and MacCormick's theory³. In these works, interpretation is no longer one of the conclusive parts, though a necessary one, of a legal theory that has already been developed examining other notions, considered as prejudicial, but on the contrary logically constitutes a priority element in relation to the others. It should be noticed that it is not a quantitative aspect; just as Viola and Zaccaria say⁴, what happens is not so much that the chapter of interpretation becomes bigger but that the theory of interpretation becomes fundamental for the description of law itself. The study of interpretation, in other words, comes into play precisely when the issue of the existence of law and its validity has to be faced.

I would now like to point out some of the reasons justifying this different role that interpretation plays in contemporary legal theories. Three basic reasons will be pointed out, the first of a *legal-philosophical* character, the second of an *institutional* character, and the third of a *theoretical* character.

The *first reason*, of a *legal-philosophical* character, is linked to the spread, both in analytical and in hermeneutical trends, of a legal conception that can appropriately be labelled as "theory of law as a social practice." The "theory of law as a social practice" is a conception that is strongly critical of the *objectivistic* conception, dominant until the 1960s. In this connection, according to the former, legal rules do not represent *objective data* (whether normative or factual) that are available to description and logically exist in an autonomous way in relation to the various activities (interpretation, use, application) which will afterwards make reference to them; by contrast, for the approach that looks at law as a *social practice* legal rules exist, in a strict sense, only insofar as they are

1 See Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960; Ital. translation *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1975, ch. VIII.

2 See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986; Ital. translation *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989.

3 See Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978; Ital. translation *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 2001.

4 Francesco Viola and Giuseppe Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, Laterza, 1999, v.

part of a *normative social practice*, that is to say insofar as they are interpreted, used, applied, mentioned, considered as the basis for criticisms and justifications, and so forth, by the members of a community of *rule followers*⁵, many of whom adopt the internal point of view⁶ (a “critical-reflexive” attitude towards rules that are accepted as such).

The *second reason* is that of an *institutional* character. I use this expression to highlight the fact that this reason is linked to the present-day conformation of our institutions, and that is to say of that legal system, today prevalent in western countries, that we call a *constitutional legal state*. From this point of view, it can be noticed that the presence of this new institutional model challenges the traditional notion, one of a formal character, of legal validity. Today we are more and more convinced that elements linked to content are part of the characterization of this notion; and here legal interpretation plays an important role, and precisely in the process of checking the *material validity* of a legal norm. Indeed, it is through interpretation (both of the constitutional principles involved and of the norms whose constitutional legitimacy is being debated) that it is possible to verify the conformity or not of the content of the legislative norm to the constitutional principle. But, it must be stressed, saying this amounts to maintaining that interpretation is a decisive element of the process through which norms take on normative existence, acquiring, precisely, the property of validity; a property that, as the most recent theories suggest, is acquired in a dynamic way, and no longer “all at once”⁷.

The *third reason* has a more specifically *theoretical* character and concerns the major diffusion of the thesis that distinguishes between *legal sentences* and *legal norms*. From this point of view, it is maintained that meaning does not magically belong to the sentences from which interpretation starts, but is the result of the interpretative activity that has the norm as its result; and hence norms, in all those cases in which they are incorporated in sentences expressly formulated by the legislator, constitute possible meanings of legislative dispositions⁸.

If this basic theoretical assumption is shared, then recognition of the fundamental importance of interpretation is blended with the attribution of an inalienable productive and creative role to interpretative activity directly carried

5 See on this my book Vittorio Villa, *Il positivismo giuridico. Metodi, teorie e giudizi di valore*, Torino, Giappichelli, 2004, 79–82, 146–152, 196–197.

6 This famous notion has been of course introduced by Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), Second Edition with a Postscript, Oxford, Clarendon Press, 1994; it. transl. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, pp. 67–70, 105–108.

7 See, for this dynamic theory of legal validity, Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989, 97, 348–349, 476, 916.

8 Giovanni Tarello has been the first to develop this thesis, now widely accepted inside analytical trends. See Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 9–10.

out by jurisprudence (and indirectly by doctrine). The central idea here is that the judges are called on to *cooperate* with the legislator in preparing normative messages to send out to citizens, and precisely because such messages are not complete without the interpretative intervention of jurisprudence. Hence, from this point of view, legal interpretation has a not eliminable creative function of its own.

Well, if we specifically look at the work of judges in the specific Italian institutional context (which constitutes the privileged field of reference of my analysis), we can notice that today the degree of creativeness of judicial interpretation has enormously increased, for a series of different reasons, three of which I am interested in highlighting.

The *first reason* is linked to the alluvial production of new law, through the emanation, particularly in private law, of “special laws”, unshackled by unitary reference to the system of our civil code and of its principles, which has concerned our legal organization since the 1960s. One thinks for example of the “statuto dei lavoratori”, the reform of family law, laws on rents and agrarian contracts, the introduction of divorce, and so forth.

The *second reason* is linked to the intensification, among judges, of interpretative attitudes that are avowedly anti-formalist. These attitudes – particularly widespread at the end of the 1960s (with the judicial “activism” of the so-called “magistrati d’assalto”), and then, in the early 90s, with “Tangentopoli” (which began in 1992) – are also expressed through the use of interpretative strategies that are much more concerned to enact “justice in the concrete case” than to find the inspiring reason for decisions in the *ratio legis*. This means that the interpretative techniques used each time are often considered as rules of *ex post* justification of decisions already taken, rather than as guiding rules for the decisions themselves.

The *third reason* is linked to the emergence in our legal culture, beginning from the 1960s, of the process that Riccardo Guastini appropriately calls *costituzionalizzazione* of a legal system⁹. This is a process of transformation of our system, at the end of which it can be said that it proves to be totally “impregnated” by constitutional norms. It must be clarified that this cultural process does not so much concern the presence of the constitution in itself, but rather *the understanding of it* on the part of legal culture, and above all of jurists and operators. This way of seeing and interpreting the constitution hinges on the conviction of its “pervasiveness” and its “capacity to influence” directly every aspect of the life of a legal system. Well, this process determines a sort of *over-interpretation of the constitution*, that is to say that interpretative attitude through which the decision is taken to give the constitutional text an *extensive*

9 Riccardo Guastini, La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano, *Ragion Pratica* (1998) 11, 185–206.

interpretation. An *extensive interpretation* works in such a way as to derive from the existing constitutional norms, possibly with the use of analogical argument, a vast series of *implicit* norms, able to discipline any type of “constitutionally significant” behaviour.

It must be added that for many jurists (but also for public opinion) this increase in the “degree of judicial creativeness” constitutes a very worrying element. The fact is that though it is often not the result of a free choice by the judge but the “necessary” outcome of the attitude that today our institutional order takes; however, it could constitute a danger for our democratic institutions, because in actual fact it involves the possibility that the judge too, as well as the legislator, may become a “creator of new law” (though in an “interstitial” way). Behaving in this way, the judge not only endangers the fundamental principle of *law certainty*, but potentially also challenges the basis of our democratic order: the *principle of the separation of powers*, as a result of which only the legislator would be the depositary of the power to produce new law.

This whole series of vicissitudes places the theme of legal interpretation even more at the centre of attention. Certainly, the task of a theory of legal interpretation cannot be that of offering concrete remedies to this state of affairs, although, in our field, as in all human sciences, theoretical reflections have some effects on the phenomena studied and have normative implications for all the participants in these practices; but it can certainly be that of providing, for instance, an adequate reconstructive analysis of this activity, so as to see whether it really exposes our legal organization to such major risks. Well, my objective, in this essay, is precisely to show how judicial interpretation, once it is correctly interpreted and practised, does not constitute a danger for our democratic order. It is possible, in other words, to develop a theory of interpretation that accounts, together, both for what are ultimately the physiological features of judicial creativeness and for the constraints to which it is subject, constraints that link the judge to the legislator. From this point of view, I will try to delineate a *pragmatically oriented approach* to legal interpretation. An approach of this kind is based on the recent *contextualistic* trend in semantics, which recognize the necessary intervention of *pragmatics*, at all levels, in processes of attribution of meaning. On the basis of these presuppositions, it is possible to show not only that the process of attribution of meaning to legal dispositions cannot be complete without reference to the *specific pragmatical context* in which the interpreter is placed each time; but also that this process always takes place inside a set of constraints imposed by the semantic content of the starting sentence (the legal disposition to be interpreted).

2 SOME OUTLINE DEFINITIONS OF A GENERAL CHARACTER

I am convinced that it is not possible to speak directly about legal interpretation without being prejudicially concerned to give some introductory definitions of a general character, and first of all a unitary definition of “interpretation” encompassing the various activities that can be considered interpretative. Unlike the “Scuola di Genova” (and particularly Guastini¹⁰ and Chiassoni¹¹), I do not believe that the peculiar features of legal interpretation can prevent us from tracing out a picture of a more general character also allowing us to notice important similarities between legal interpretation and other interpretative activities in a sense akin to it (for example, *literary criticism*). Legal interpretation, after all, is only one of the possible specifications of a notion of a more general character designating one of the most basic modalities through which we, as human beings, try to understand the world around us, be it the “natural world” or the “cultural” one.

I will now present a conceptual definition of “interpretation”, particularly appropriate to what Gallie calls *essentially contested concepts*¹², i.e. notions structurally open to discussion and susceptible to being reconstructed in quite different ways, all supported by “good arguments.” In all cases in which the *definiendum* is constituted by notions of this kind, I have worked out and applied a model of definition that I call *conceptual definition*, whose purpose, *minimal* but not for this less important, is identifying the *common conceptual basis*, if there is any, that is to say the shared assumptions (“deemed certain”) by several conceptions that are different or even alternative to one another, referring to the same object¹³. From this point of view, the scheme that I will follow in this essay will have a tri-polar character: the starting point will be the *general concept of interpretation*, from which through successive specifications I will derive the *most specific concept of legal interpretation*; secondly, from this more specific concept I will derive some *major conceptions of legal interpretation*, those that have historically alternated with one another on the stage of western legal organizations since the beginning of the 19th century (when a new “legal object” started to take shape, namely *modern law*). These conceptions, in turn, are expressed through various theories, which constitute their particular specifications, in historically determined contexts.

10 Riccardo Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2008, 170–173.

11 Pierluigi Chiassoni, Codici interpretativi. Progetto di voce per un “vademecum” giuridico, *Analisi e diritto* 2002–2003, 60–62 (www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/).

12 Walter B. Gallie, Essentially Contested Concepts, *Proceedings of the Aristotelian Society* LVI (1955–56), 167–198.

13 See again my book Villa 2004 (n.5), 12–20.

For instance, the *eclectic* or *mixed* conception is one of the three major conceptions that I will present in this essay. However, it can take many different shapes: I will first present the traditional version of the eclectic theory (that of Hart), and then I will oppose to it my own personal reconstruction, which I call *pragmatically oriented theory of legal interpretation*.

Let us now try to identify the conceptual assumption common to all the various conceptions of interpretation that have been developed in the most varied spheres (natural sciences, human sciences, field of art and music, and so forth). It can be condensed in the following way: “interpretation is the activity through which meaning is attributed to any object.”

This definition has the merit of establishing a *conceptual relation* between “interpretation” and “meaning.” A conceptual relationship is an *internal relation* between two elements, such that the two elements of the relationship are conceptually connected, making it impossible to account for the one without being forced to consider the other¹⁴.

Well, affirming the existence of this type of relationship, within interpretation, means maintaining that the relation between meaning and interpretation is so tight and pervasive as to lead us to believe that it is not possible conceptually to work out definitions and theories of interpretation that are not also, *necessarily*, definitions and theories of meaning, and vice versa. In short, one can only think about the notion of meaning through the notion of interpretation, and vice versa. It can be said, therefore, in more general terms, that a theory of interpretation is also, *necessarily*, a theory of meaning, and vice versa. It is precisely from this point of view that we can legitimately speak of a *conceptual* or *internal relation* between interpretation and meaning.

From this point of view, I do not agree with what Riccardo Guastini states¹⁵, namely that the theory of interpretation does not need any theory of meaning, not even a theory that deals with meaning in natural languages, because the only theory which it really needs is one that reconstructs the – absolutely peculiar – practice of attribution of meaning in the legal sphere. In this essay I will try to show, instead, that in order better to understand legal interpretation as a process of attribution of meaning to legal texts it is absolutely fundamental to understand what “attributing meaning” means, in our field as in others; and understanding what “attributing meaning” means is nothing but a way of working out a theory of meaning, to be precise an *anti-essentialist theory*, according

14 On the notion of “internal relation”, see Gordon P. Baker and Peter M. S. Hacker, *Language, Sense and Nonsense. A Critical Investigation into Modern Theories of Language*, Oxford, Blackwell, 1984, 94–115.

15 Riccardo Guastini, Due esercizi di non-cognitismo, *Analisi e diritto* 1999, 278–279 (www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/).

to which meaning is not an entity or an essence to be discovered but a product of interpretative practices.

The conceptual definition of legal interpretation can be worked out on *three different levels*, which are set at decreasing degrees of generality.

The *first level* corresponds, actually, to the conceptual definition given before. It is that *very general meaning of interpretation*, whereby there is interpretation every time meaning is attributed to any object, and that is to say every time that a given object communicates something to us, presenting itself as a sign or a set of signs to be decoded.

On the *second level* we find a *more specific sense of interpretation*, which is of greater interest to us here, because it is what concerns all contexts in which interpretations of *human and/or cultural facts* are produced, that is to say of facts produced by ourselves (symphonies, novels, works of art, legal norms, intentions, etc.).

The *third level* represents a further specification of the second level. Indeed, within the sphere constituted by interpretation of cultural facts we can distinguish a more specific level, consisting in *interpretation of texts*. Legal interpretation, in the paradigmatic sense in which it is commonly understood within continental legal organizations, presents itself precisely as *interpretation of legal texts*, and therefore it is set at this third level.

3 SOME DEFINITIONS CONCERNING LEGAL INTERPRETATION

Interpretation of legal texts is not, however, the only way in which, within the field of legal experience, interpretations are produced; texts are not the only “legal objects” which can be subjected to interpretations. Here it is necessary to make a distinction, so as to avoid possible misunderstandings. First of all there is a *broad meaning of legal interpretation*, which concerns all interpretative activities that take place in the legal field of experience. With reference to these activities I will use the phrase “interpretation in law.” In the field of reference of this locution there are certainly interpretations of texts (for instance of legislative dispositions), but there are also interpretations of “objects” that are not texts: for example, judges and jurists are well able to interpret *behaviours* too, as in the case of negotiatory behaviours of the parties involved in stipulating a contract, or in the case of *customary practices* (regarding which, for instance, it is necessary to verify the element of *opinio juris ac necessitatis*).

Secondly, there is a *narrow sense of legal interpretation*, with reference to which I will use the locution “interpretation of law”, which concerns *interpretative activity focused on texts*, an activity brought into being by jurists, judges,

public officers, and so on; an activity whose object is precisely legal documents (for instance laws, regulations, sentences, contracts, and so forth). It is precisely to this type of interpretation that this essay will be devoted.

Hence I will deal with what I have called the *narrow sense of legal interpretation*, to distinguish it from the *broad sense* (“interpretation in law”) mentioned above. From this point of view, we can define, following Chiassoni, *legal textual interpretation* as “the activity that consists in determining the meaning of a disposition (the basic component of every legal text), deriving from it one or more explicit norms, accredited as legally correct interpretations of them”¹⁶.

Within textual legal interpretation, I will particularly examine what can be considered, in legal organizations with codified law, as the *paradigmatic instance of textual legal interpretation*, the *interpretation of law*, as it is traditionally called. Its object is interpretation of legal sentences having force of law, but also dispositions that are part of constitutional texts. This type of activity has common features in all legal organizations with codified law.

It must be specified here that, in accordance with the point of view that I will maintain in this essay, interpretation of legal dispositions is not an “optional” activity only carried out on some occasions, for instance only in cases in which ascertainment of the meaning of these dispositions raises some doubts of an interpretative character. A fairly influential theory of interpretation, which today still has its epigones¹⁷ and is in line with the well-known saying “*in claris non fit interpretatio*”, adopts instead a *very narrow sense of interpretation*, according to which, in presence of dispositions with a clear meaning, there is no interpretation strictly speaking. However, in accordance with the definition given above, I maintain that *every disposition requires interpretation*, from the clearest to the obscurest. I stress again, here, that the norm is the arrival point of an interpretative process that starts from the disposition. According to my pragmatically oriented approach, the norm itself is expressed by an utterance of the sentence that contains the meaning of the disposition itself. It is a basic point of my conception that there isn’t a qualitative distinction between “clear cases” (for which no interpretation would be needed) and “hard cases” (for which it would be needed). An interpretation can be considered as “clear” only after it has been made¹⁸.

Lastly, it must be added that in a pragmatically oriented conception of legal interpretation the *pragmatic dimension* – the one linked to contexts of application and uses of norms (including both “single concrete cases”, which judges are competent for, and “typical cases”, which jurists are competent for) – is a

16 Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino 2007, 50.

17 See, for instance, Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 12.

18 Riccardo Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990, 80.

necessary dimension of interpretative activity and inevitably involves all dispositions.

It must be stressed that, in accordance with the definition proposed above, there is no interpretation, at least in the narrow sense accepted here, in all those cases in which judges *create (interstitially)*, in a *strong sense*, new law, for instance when there is no explicit disposition able to regulate a concrete case (*integration of lacunae*); nor must we consider as interpretative activities, though they are connected to the latter, some activities that appear as *preliminary to interpretation* in a strict sense (activities for instance, serving prejudicially to verify the validity of the disposition to be interpreted), or those that start from it (like ones, which jurists are competent for, serving for carrying out subsequent operations of dogmatic arrangement of the normative material interpreted). Undoubtedly, in a broad sense of “interpretation”, we can legitimately consider the activities with which *implicit norms* are produced norms that do not have a disposition as their starting point as *interpretative activities*. Nevertheless, in this text my field of reference will be the narrow sense of legal interpretation, in its specific paradigmatic instance (the *interpretation of dispositions*).

There is an important point that it is necessary to clarify prejudicially in speaking of legal interpretation seen as an activity serving to attribute meaning to legal sentences. In accordance with the semantic theory that I accept here (a theory which I will qualify later on as *semantic contextualism*), only *utterances of sentences* can express a complete meaning, and precisely as expressions of sentences that are brought into being in given contexts. In short, it is only within a specific context of use that the sentence, expressed by a given speech act, enacts a complete communicative message.

This perspective is fully in harmony with *ordinary language philosophy*, the conception of analytical philosophy that is behind my work. As is well known, the privileged object of study of this conception is not the formalized languages of logic and mathematics but the *non-specialist natural languages*, the ordinary languages of our daily life; and hence also legal language because, as a *technicized language*¹⁹, it is sufficiently similar to ordinary language. Analytical philosophy of ordinary language, unlike *ideal language philosophy*, maintains that ordinary language must be left “as it is”, since what appear to be its defects (inconsistencies, ambiguities, lacunae, and so forth) are in reality the features that make possible its “elastic adaptation” to the demands of daily life²⁰.

19 In a very similar vein, Jori prefers to use the locution “linguaggio amministrato”. See Mario Jori, *Definizioni legislative e pragmatica giuridica, Analisi e diritto* 1995, 123–124.

20 On the opposition between *ordinary language philosophy* and *ideal language philosophy* see Richard Rorty, *Metaphilosophical Difficulties of Linguistic Philosophy*. Introduction, in Richard Rorty (Ed.), *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*, Chicago, London, The University of Chicago Press, 1967, 7–9, 15–24; Peter F. Strawson, *Construction and Analysis*, in Alfred J. Ayer and others (Eds.), *The Revolution in Philosophy*, London, MacMillan, 1957, 101–104.

More particularly, an analytical philosophy of ordinary language that consistently adopts a *pragmatically oriented* approach (as I too endeavour to do), conceives such language as a social practice of a linguistic-communicative type, a coordinated set of *speech acts* that constitute the proper tools for producing different types of statements (informative, prescriptive, evaluative, optative, etc., statements). From this point of view, it is not the sentence considered in itself and for itself that could express a complete semantic content, but if anything it is the use made of it by the speaker that produces this effect, in the sense of both meaning and function (language in itself, i.e. abstracting from its concrete use, is absolutely “inert”). When language refers to the world, it is when it “says something to someone”, this reference is always mediated by linguistic use; and this means that there is no full reference by language to the “objects of the world” except inside the specific ways in which we use such language to refer to something, for instance in order to say “true things.” This use, it needs to be stressed, is always manifested in a *speech act*, and therefore it always has a *contextual projection*.

A last distinction has to be made in order to complete the starting categorial picture of our analysis, above all for the purpose of more precisely establishing the object I will deal with in this essay. In the definition that I have given of “interpretation in a narrow sense”, i.e. of “textual legal interpretation”, we can already identify two different dimensions of interpretative activity, which it is now necessary to distinguish more clearly.

The first dimension is the *structural* one, mentioned in the first part of the definition, when reference is made to “activity that consists in determining the meaning of a disposition.” From this first point of view the object of the analysis is *how* interpretation is carried out, i.e. the type of relationship that should be established between “interpretation” and “meaning.” The questions which this analysis is made to answer, from this point of view, are the following: what does it mean to attribute meaning to a disposition? Does it mean discovering something existing, or does it mean creating something completely new? Or does it even mean bringing into being a different activity from the first two (possibly a mixture of both)?

In this essay I will deal above all precisely with this first profile. In developing this type of analysis, because of the conceptual relationship between “interpretation” and “meaning”, I will necessarily have to deal with questions of theory of meaning, particularly in order to clarify the semantic basis of the theories that I criticize and the different basis of my own approach to interpretation.

The second profile is highlighted in the second part of the definition, where reference is made to “explicit norms, accredited as legally correct interpretations of them.” It concerns the substance of interpretative activity, and therefore,

for instance, the *reason why*, in cases in which various meanings are attributable to the disposition, one of them is chosen rather than another. In relation to this second profile, it seems appropriate to me to use the locution “theory of legal reasoning”. Here, as it is clear, we enter a sphere of problems that is different from the previous one, because it is a matter of facing the complex issue of the *arguments or interpretative directives* that each time *are used* and/or *must be used* in support of a decision.

It is now possible to put a little order in the labels used for characterizing the various aspects of interpretation in a narrow sense. With reference to activity that deals with taking into account both profiles of this activity, it is possible to use the phrase “general theory of legal interpretation”, while for the first profile we should speak of *structural theory of legal interpretation*, and for the second of *theory of legal argumentation*. For reasons of expository convenience, however, here, except where indicated, I will use the locution “theory of legal interpretation” to characterize the specific object of our study, and that is to say *the narrow notion of legal interpretation, in its structural profile*.

4 THREE CONCEPTIONS OF LEGAL INTERPRETATION

In examining these conceptions, we assume that the historical context in which to place the analysis is represented by legal organizations in the western world, with particular attention to our own, in the time span going from the period in which modern codified law came into being, at the beginning of the 19th century, to the contemporary age.

Well, even a fleeting glance at the main theories of interpretation that have followed one another in this framework shows that they have mostly been placed at two opposite extremes, in the widespread conviction, moreover, that there was nothing in between. An exception, in more recent times (beginning from the 1960s), has come from some attempts to work out a third “middle” position, attempts that can be labelled as *eclectic theories*. Throughout the 19th century and during part of the 20th century, instead, there was a sort of polarization of the discussion, with a clash, in an opposition often conceived as *mutually exclusive*, between two big blocks of theories; which, in their turn, can be included in two wider conceptions of interpretation. I will call the first conception *interpretative formalism* and the second *interpretative anti-formalism*. Interpretative formalism first developed, at the beginning of the 19th century, through *Scuola dell'esegesi* in France and *Scuola storica* and *Pandettistica* in Germany; interpretative anti-formalism originally developed in France and in Germany as a reaction to formalism, through three big trends: *Giurisprudenza degli interessi*, *Giurisprudenza teleologica* and *Scuola del diritto libero*...

These two big conceptions of interpretation, formalism and anti-formalism, are continually encountered in modern and contemporary legal culture, in a very complicated interlacement in which a crisis in the one very often makes way for the advent of the other. The causes of this complex vicissitude are not only juridical, but are also linked to the strong conditioning process caused by the surrounding context on the various available models of the role and function of the jurist-interpreter and the judge-interpreter; and when we speak of “surrounding context” we refer to elements of an institutional, socio-economic, cultural and ethical-political character, changes in which, in relation to the given situation in which the subject matter waiting for a legal decision finds itself, can provoke chain reactions in legal culture, and therefore also in the way of conceiving the role of interpretation. These reactions can go in two opposite directions (and can also occur simultaneously and in a conflicting way in a given context), that is to say can move in the direction of an attempt to oppose changes and try to safeguard the original intent of the legislator regarding the subjects that are undergoing a process of evolution (and in this case formalistic trends will prevail); or move in the direction of favouring and/or guiding these changes and therefore valorising the elements of discontinuity and interruption in relation to the original situation (and in this case anti-formalist trends will prevail). For instance, in a given context, there may be a change of a cultural character in the way of conceiving, interpreting and using a given constitutional text (as has happened in our country in the last few decades through what Guastini calls a *process of costituzionalizzazione*); or a change in socio-economic relationships; or, again, a change of an ethical character in the predominantly shared social ethic inside the given political community; and so forth.

It must also be added, from the historical point of view, that formalistic conceptions take hold, generally, in periods of historical-cultural proximity to phases in which a certain legal system goes through important moments of codification, or at any rate of major juridical renewal. In these situations one can easily expect to find the greatest harmony, a “common feeling”, among jurists, judges and legislator. Besides, jurists always participate as protagonists in these processes of renewal, working in close contact with the legislator, as happened in the case of *Scuola dell'Esegesi*, in which jurists helped to edit the Napoleonic Code in order then to submit it afterwards to interpretation. This “common feeling” is destined, however, to go through a crisis as the distance, historical and cultural, increases in relation to the period of codification; the socio-economic reality tends to produce ever-new phenomena, possibly not contemplated by the existing normative framework. In short, a more and more marked separation is produced between “legal culture of codification” and “present-day legal culture.” Just this, as can be seen, is the propitious climate for the triumph of anti-formalist positions, within which it is believed that the jurist and the judge can – or

even must – resolve interpretative and applicative issues by directly examining the socio-economic reality, rather than looking at the normative system.

If we look to the relationship between interpretation and meaning, which constitutes the specific field of reference of our analysis, it is possible to give two definitions of the first two conceptions at issue. From this point of view, *interpretative formalism* basically presupposes the thesis that, in the original versions, the attribution of meaning to dispositions, in its *genuine sense*, is the *immediate discovery of an existing meaning*, however determined; or in every case, in the most up-to-date versions, is the prejudicial and unproblematic recognition of a stable semantic nucleus, which exists prior to all adjustments linked to the various contexts in which the disposition is applied.

From the strictly semantic point of view, the theory of meaning – implicitly – presupposed by these trends is in particular harmony with a semantic theory that today is prevalent (not without opposition, however), which we can qualify as *literalism*²¹. It is that semantic conception according to which in all spheres in which interpretation of texts and spoken language is practised there is a complete meaning of the sentence obtained by “interpreting”, a meaning that exists prior to its concrete use in communication, which constitutes the object of a sort of “sudden action of understanding” (which, as we shall see, implies a *static* vision of interpretation); this means that *elements of a pragmatical character* (linked to the use of communication in the speech acts with which it is expressed and received) do not interact with this original semantic dimension.

By contrast, *interpretative anti-formalism* presupposes the thesis that the attribution of meaning to a disposition, in its *genuine sense*, is *creation of a new meaning*. The various anti-formalist theories then tend to be differentiated by the more or less increasing weight attributed to the creative element in interpretation; and by the more or less decreasing weight taken on by the constraint represented, for the interpreter, by the starting text. The central idea, though expressed in different ways, is at all events that the decisive moment of interpretation is that of the “sudden creation” of meaning in the light of the context in which the interpreter (but above all the judge) is situated; a context that, with all its variables (ethical-political ideologies present in the field, underlying socio-economic situations, interests at stake) represents a much stronger constraint than the text of the relevant dispositions for deciding the case in hand.

From the semantic point of view, anti-formalism, in its most extreme versions, shares the thesis that the legal text taken as a starting point does not constitute a major constraint for the interpreter, except as an element that, appropriately remodelled, intervenes *ex post* to justify a semantic choice made on other bases. What can constitute a constraint for the interpreter is represented

21 With reference to this theory, see François Recenati, *Literal Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 3–4.

by previous interpretations (all the more so if they are “authoritative”) of the sentence to be interpreted; but the meaning of the disposition, strictly speaking, is created, in a sort of “sudden process”, by the interpreter, on the basis of the constraints and indications that arise from the context. In this case too, as for the formalist positions, it is important to notice that these conceptions reproduce, though often only implicitly, a “background” semantic conception. If we look carefully, we see that it has many points in common with a contemporary conception, today very influential, that goes by the name of *radical contextualism*²². This conception abandons the very notion of linguistic meaning as something that exists prior to communication-reception of the message. What exists prior to the single interpretative act is a sort of “collection of previous applications” of linguistic expressions in similar contexts, applications legitimized in a sense by the linguistic community (and therefore “authoritative” applications). But there are no meanings shared by speakers before the beginning of a communicative exchange; it is only pragmatics, in the last analysis, that decides the meaning of expressions and sentences.

In order to mention *eclectic theories*, in their traditional version, it is necessary to start from the formulation that Hart gave of them, at the beginnings of the 1960s, in his famous book *The Concept of Law*²³. Hart attempts to mediate between the two opposing conceptions of formalism and anti-formalism: interpretation is substantially situated both in the dimension of *discovery* and in that of *creation*, but always in an alternative key. Indeed, Hart says that in some cases (“easy cases”) the dimension of *discovery* is present in interpretation, in an exclusive way, while in other cases (“hard cases”), always in an exclusive way, that of *creation* is present. But Hart makes it very clear that the presence of the one excludes the presence of the other.

An example can serve to make this position clearer. Let us suppose that a provision by the town council (perfectly valid) states that “it is forbidden for vehicles to circulate in municipal parks”, and that, at the entrance to a park that can certainly be classified as a “municipal park” (there is a list of such parks), there is an officer responsible for getting it respected, and hence an officer that has to interpret the provision in question, so as to be able to apply it to all the concrete cases that can arise in the future, cases for which permission to enter the park or not will depend, also and above all, on the way he interprets the term “vehicle.” Well, according to Hart, for a whole series of unproblematic concrete cases (“easy cases”), the officer will have no particular difficulties of an

22 For a good analysis of *radical contextualism*, see Claudia Bianchi, *La dipendenza contestuale. Per una teoria pragmatica del significato*, Napoli, ESI, 2001, 118–119, 282–283, 304–355. An important example of a radical contextualist position is represented by Ronald Langacker, *Foundations of Cognitive Grammar*, Stanford, Stanford University Press, 1987 (Vol. I) & 1991 (Vol. II).

23 Hart 1994 (n. 6), ch. VIII.

interpretative character; these are the cases, for instance, in which the people that ask for permission to enter come with cars or with motorcycles. In all these cases, in short, according to the approach to the eclectic or mixed theory developed by Hart, the officer-judge will *discover a previously existing meaning* of the disposition-circular, and he will easily reach the solution to the concrete case. Here interpretation of the general term “vehicle” lies within the *nucleus of certainty*. In these cases, in short, interpretative formalism would be to right speak of “discovery of a previously existing meaning.”

However, a whole series of other cases could arise in which the solution would not be so simple. Let us suppose, for instance, that a boy with a little pedal car asks to enter the park: this is an object that in ordinary language would normally be considered a vehicle, but it might not be one for the purposes of the provision, if we bear in mind its *rationale* (which we suppose to be “protecting the peace and quiet and safety of the people in the garden”). The situation could then be more complicated if the boy’s car was “electric”, and so quite noisy, though not able to harm the people walking in the garden.

Well, for Hart, in cases like this one (a “hard case”) legal norms no longer offer clear guidance. The interpreter has to make a discretionary interpretative choice, though certainly not an arbitrary one (in that it is supported by arguments), because the meaning of the term in question is found in the *penumbra area*. In the case of the “boy’s electric car” the officer-interpreter finds himself, in short, having to reconcile conflicting demands (the “right to circulate freely”, the “right of other people not to be hampered in the exercise of their own right to circulate”, “the safety demand of the people in the park”, and so forth), in a situation in which total satisfaction of one of these demands or aims could involve complete sacrifice of the others. The way in which the judge will effect *reconciliation* (mediating between the various demands) or *balancing* (sacrificing some of them to the advantage of others) will obviously determine the meaning that he will give to the term “vehicle”. In other words, if the toy car is considered “a vehicle”, then it cannot enter the park; if, instead, it is not considered such, then it can enter.

In this second series of cases, for Hart, instead, interpretative anti-formalism would be right: the judge, in a sense, “would create new law for the concrete case”, though in the weak sense of a choice between one of the available interpretative options for the circular in question.

Finally we have available all the ingredients of the mixed theory, as it was traditionally formulated by Hart. Here interpretation is both “discovery” and “creation”, but never both simultaneously. *Interpretation discovers meanings in easy cases, and creates new meanings in hard cases.*

In this case too it may be useful to examine this theory in the light of the most recent debate in contemporary semantic theory, as we have done for the

other two conceptions. Well, it seems to me that this mixed theory implicitly harks back to the most recent and sophisticated versions of *literalism* (*syncretic view*, *indexicalism*²⁴), in which recognition of the presence of a complete meaning of the sentence, existing prior to interpretation, goes hand in hand with admission of the necessary role of completion and enrichment (a process that in semantic jargon is called “saturation”²⁵) of the meaning of the sentence itself through pragmatic processes.

5 THE COMMON SEMANTIC PRESUPPOSITION OF THESE THREE CONCEPTIONS

Over and above the specific criticisms that can be made of each of the three conceptions, there is another type of criticism that is perhaps even more destructive for all of them, because it attacks a “background” presupposition that all three conceptions seem to share, despite the big differences that also exist between them. I mean that, despite appearances to the contrary, these three approaches to interpretation are not after all so opposite to one another in each respect. In actual fact, precisely according to the outlook chosen here, that of the necessary relation between meaning and interpretation, despite the big theoretical differences between them the three conceptions – from the point of view of the theory of interpretation – end up sharing a certain way of conceiving the relation between the latter and the dispositions to be interpreted; it is a conception that, from the semantic point of view, derives from a certain view of “meaning” (a *static* vision of meaning).

The basic point is that, within the theory of interpretation, all three conceptions maintain a dichotomic opposition between “discovery” and “creation”, on the basis of which there are no “alternatives”: either interpretation “discovers something” or, on the contrary, “it creates something”, but it can never do both things at once. From this opposition it derives, from a semantic point of view, a view of meaning that can be considered *static*.

This is a very important point, on which it is worth dwelling a little. By a “static vision of meaning” I mean the idea that meaning, “discovered” (*formalism*) or “created” (*anti-formalism*), or “sometimes discovered” and “sometimes created” (*eclectic theory*), is at all events something that is produced “all at once”, in “a single solution.” Meaning, in short, is seen as an entity that *is discovered* or *is produced* “all together” and not, as I will maintain soon, as the result of a

24 A good analysis of both theories can be found in Recenati 2004 (n. 21), 51–53. 85–89. An important indexicalist position is represented by Jason Stanelly, *Language in Context. Selected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

25 On this notion see again Recenati 2004 (n. 21), 7 ff.

dynamic process “in several phases.” Besides, it is precisely the lack of a dynamic vision of interpretation, “in different stages”, that precludes the possibility of proposing a conception that simultaneously bears both dimensions in mind.

Let us return, however, to the static vision of meaning and the way in which it is expressed by the three traditional conceptions. The fact is that if one believes that meaning is discovered, then this “entity” is considered as existing prior to interpretative activity (*formalism*); if instead one believes that it is created from scratch in interpretation, then the entity in question is considered as entirely produced by the interpreter (*anti-formalism*). Not even the mixed theory, in its traditional version, can escape this formulation: it limits itself to dichotomically distinguishing cases in which meaning is discovered from cases in which it is created.

I am convinced that none of these three approaches is able adequately to account for the truly peculiar aspect of legal interpretation (but also of interpretation in general), that, as Dworkin appropriately reminds us, is represented by the *simultaneous presence* of both elements, “discovery” and “creation”²⁶. In my opinion, precisely this is the really interesting and characteristic aspect of interpretative activity, above all when it deals with texts (as legal interpretation and literary criticism).

This “static” semantic presupposition represents the true weak point that is common to formalism, anti-formalism and the mixed theory deriving from Hart. This profile of the conception of meaning does not allow these conceptions to explain adequately what, as I have said above, is the inalienable peculiarity of interpretative activity, concerning the impossibility of its being totally reduced either to the modality of discovery or to that of creation. Interpretative activity, in actual fact, participates of both modalities, through a *dynamic process* of attribution of meaning to dispositions, a process that therefore goes through several phases and touches on both the dimension of discovery and that of creation. It is precisely this aspect of interpretative activity that is not taken into account by the traditional perspectives.

In order to illuminate in a complete way this important profile of interpretation, my proposal, which I will develop in the next section, will be to pass from a *static* approach to a *dynamic* approach to the theory of meaning (and, accordingly, to the theory of interpretation). To do this, however, it will be necessary to look at meaning in a different way from how it is shaped by the approaches already examined; and this means attributing to this notion three particular features, which the traditional conceptions do not bother to highlight. It is necessary, that is, to build the notion of “meaning” as a notion that appears as *stratified* (in the sense that it contains different levels), *inclusive* (it includes both

26 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1985, 146–147.

sense and reference) and as having a *progressive formation* (in the sense that the attribution of meaning is a “process in several phases”). Hence, from this point of view, two basic ideas of this new perspective are, first of all, that meaning is not produced “all at once”, but constitutes the result of a process that goes through several phases, or at any rate of a process that can be analytically distinguished into several phases (though from the psychological point of view this process may even last just an instant in the interpreter’s mind); and, secondly, that in this process the meaning of a disposition tends to be progressively specified, as soon as it comes into contact with concrete application situations (in the case of the judge), or with “typical cases” (in the case of the jurist).

The locution “sequential monism” can certainly serve to give an adequate denomination to my perspective, a further denomination in respect of the denomination “pragmatically oriented”, which I will introduce in the next section. Indeed, defining the theory as *monistic* renders fairly well the idea that in the interpretative process the meaning of the disposition (as we shall see) tends to be specified in a process that however remains unitary, because it starts from a common semantic basis; adding the attribute “sequential” appropriately highlights, instead, the fact that this meaning, as the interpretation process develops, goes through several phases, reaching higher and higher levels of specification and concretization. This specification process, it must be stressed, can take different paths, and therefore branch out in several directions, also alternative ones.

It is precisely through an analytical breakdown of this process of progressive formation of meaning into several phases that one succeeds in dissipating the air of inconsistency that a dynamic vision might provoke, precisely in that it might seem that this vision invokes the simultaneous presence, in interpretation, of an activity of “discovery” and an activity of “creation.” As we shall see in the next sections, instead, the pragmatically oriented theory succeeds in avoiding this type of criticism (which would be destructive), just because it denies the presence, *at the same moment*, of both phases, and instead recognizes that there are some phases of the process of attribution of meaning that belong to the dimension of discovery, while there are other phases that belong to the dimension of creation.

6 THE CONDITIONS FOR A PRAGMATICALLY ORIENTED THEORY OF MEANING

In this section and the next I will endeavour to distance myself clearly from a *static* approach to meaning, and I will do so by developing an alternative semantic theory of a *dynamic* character, which I will apply to legal interpretation. The result will be an *eclectic* or *mixed* theory of legal interpretation, a theory,

however, that is meant as an alternative to the traditional eclectic theories. In this section I will deal with the question of what the conditions must be that a theory of meaning for legal interpretation has to satisfy. In the next one, instead, I will try to specify the main features that such a theory has.

In the first place, a theory of meaning serving our purposes cannot only be a theory that is adequate from the general semantic point of view, but also has to be appropriate for legal interpretation. For this purpose, it is thus necessary to render prejudicially explicit a series of conditions that a theory of meaning has to satisfy (from both the semantic and the legal point of view), if it wants to be considered an acceptable candidate for acting as a semantic reference model for the theory of legal interpretation. I will now present those that I consider the *necessary conditions* to be satisfied.

The *first basic condition* for the semantic theory to be such a model is full recognition of the conceptual relationship existing between meaning and interpretation, and thus of the *need for the theory of interpretation expressly to adopt a theory of meaning* as a reference point for a reconstructive investigation, normatively oriented, of the interpretative practices brought into being in the contexts that we have chosen as the sphere of investigation (and specifically for the context represented by our legal organization).

The *second condition* is that the theory of meaning adopted should be not only *satisfactory* from the point of view of general semantic theory but also particularly *appropriate* in accounting for the marked peculiarities of legal language and interpretative activity making reference to it. This means, first of all: i) that the aforesaid theory of the meaning must take into account the fact that this language has a prescriptive character, and therefore has a different function from that of informative language, on which semantic theories are normally modelled; ii) that such language is distanced by some of its characteristics from *ordinary language*, which constitutes the reference basis for *contextualistic* theories of meaning, which I look at with particular attention; iii) that legal language is in any case different from *conversational language*, in which there are expressed the communicative messages of daily life, these being the object of almost exclusive attention on the part of the contextualistic theories themselves.

In relation to this second condition we have touched on an important point, on which it is worth dwelling for a moment. So far we have used without particular cautions the word “context”, although it represents an extremely important element of contemporary semantic conceptions, by which the present text is inspired (*contextualistic* conceptions, precisely). The moment has come to give a more precise definition of this notion, a definition tailored for legal interpretation. Well, from this point of view, “context” means that set of aspects, precise and identifiable ones, of the situation (first of all certain specific spatio-temporal coordinates), in which each time the person who receives the normative

message (the interpreter-jurist and the interpreter-judge) is placed. It is worth specifying that when we speak of “situation” we want to encompass both the specific *concrete situation* in which each time the judge is placed in deciding a single case, and a *situation* that is even only *hypothesized, typified or constructed as a conceptual experiment* by the jurist-interpreter.

We spoke before about the important differences between *conversational interpretation* and *legal interpretation*. These differences, however, are not such as to render impracticable the use of contextualistic perspectives as a semantic basis for a theory of meaning tailored for legal interpretation. Much of what contextualism maintains on the subject of the “meaning of the speaker” can very well be applied to the “meaning of the receiver” or to the meaning of the “receiver of the message.” For contextualism, it is true, all speech acts are sensitive to the context. In the case of legal interpretation, however, we have to turn to the sensitivity of the context in which the “receiver” of the message is placed (the interpreter-jurist or the interpreter-judge), and not the sender (the legislator)²⁷.

The *third condition* particularly concerns one of the points mentioned in connection with the second condition, that is to say the fact that legal language is a prescriptive language, while contextualistic semantic theories take informative (or “descriptive”) language as the privileged reference basis for their analyses. Well, in order to apply this semantic theory to legal language, we must be able to maintain that the problems connected to the semantic content of sentences are not so different if we pass from sentences with an informative function (*assertions*) to those with a prescriptive function (*directives*). To maintain this, in my opinion it is also absolutely necessary to share the thesis according to which the difference between an assertion and a directive that exhibit the same semantic content does not lie in the content itself (which some call *phrastic*²⁸, but which I will call *argument*), but in the pragmatic function performed (in one case, *informative function*, in the other, *prescriptive function*); and maintaining this means affirming, in other words, that a *prescriptive meaning* strictly speaking does not exist²⁹. The same content of meaning can be *modulated pragmatically*

27 Francesca Poggi suitably underscores this point. See Francesca Poggi, *Contesto e significato letterale, Analisi e diritto* 2006-2007, 196-203 (www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/).

28 Here the obvious reference is to Richard Hare, *The Language of Morals*, London, Oxford University Press; it. transl. *Il linguaggio della morale*, Roma, Ubaldini, 1968, 28-32.

29 This is a thesis which many analytical philosophers (Strawson, Searle, Dummett, Kerner, Platts, etc.) share, even if they reconstruct it in different ways. Their common point of departure, at least on this specific point, is represented by Austin's work. See, for instance, John L. Austin, *Philosophical Papers* (1961), Oxford, Oxford University Press, 1970, 248-251. But see also Michael Dummett, *Seas of Language*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 122-123, and Mark Platts, *Ways of Meaning. An Introduction to Philosophy of Language*, London, Routledge & Kegan, 1979, 43.

as an assertion or as a directive, according to the type of speech act performed. In legal theory, it is the *expressive conception of norms*³⁰, among other theories, which follows this kind of approach.

The *fourth and last condition* for building a theory of meaning “tailored” for legal interpretation concerns the way of conceiving “meaning”; and, more specifically, the question of whether it could be exclusively seen in *intra-linguistic* terms (in my lexicon, only as *sense*), as *internalistic* conceptions require; or in exclusively *extra-linguistic* terms, that is in terms of “language-world” relationship (in my lexicon, only as *reference*), as *externalistic* conceptions require; or, again, whether it is to be conceived including both dimensions (*sense* and *reference*) in meaning. This point will be treated in the next section, on the subject of the features of the pragmatically oriented theory.

7 THE FEATURES OF A PRAGMATICALLY ORIENTED THEORY

I will now delineate the basic features of a pragmatically oriented theory of meaning tailored for legal interpretation; which also means, because of the conceptual connection that exists between “interpretation” and “meaning”, delineating the features of a pragmatically oriented theory of legal interpretation.

The first thing to be done is to clarify the sense in which I use the locution “pragmatically oriented”³¹. This locution is meant to highlight an important aspect of this theory, and precisely that of the *need*, always and in all cases, *for interpretative activity to be produced in a context* (in the sense previously given to this expression); in the absence of this, one cannot speak of construction of a *complete meaning* of the disposition to be interpreted. In short, it is *pragmatics*, as a discipline that studies the effects and contexts of communication, to give a necessary marching direction to *semantics*, as a discipline that studies the conventional meanings of words.

In a pragmatically oriented theory of meaning, the role of the context is double: there is a context that we can call “distal” or “background”, which is represented by that reservoir of basic pieces of information on natural facts (for instance, on certain laws of nature) and cultural ones (for instance, on the presence of certain institutions and certain social habits), of shared practices on how to do “certain things correctly”, and so forth, which are commonly shared

30 For this conception, see, for instance, Eugenio Bulygin, Norms and Logic. Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms, *Law and Philosophy* 4 (1985) 2, 146–148.

31 The locution “pragmatically oriented theory” is used also by Dascal and Wróblewski in a quite similar way. See Marcelo Dascal and Jerzy Wróblewski, Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law, *Law and Philosophy* 7 (1988) 2, 203–224.

by the competent members – even minimally – of a certain linguistic community, and which help to fix some stable meanings in the affirmations that we make³². If, for instance, I tell my servant “to cut the grass”, the servant, at least in normal cases, understands without any doubt, on the basis of these background assumptions, that the way in which the grass is to be cut (for instance, with a mower) is not the same as the way in which “a wool thread is cut” (with scissors); and he understands this even if there is nothing, in the conventional meaning of “cut” incorporated in my affirmation, pushing him in the first direction rather than in the second. It would be sufficient, however, to change this “ordinary background context” for the expression in question to take on a different meaning, which can also be done (and contextualist philosophers of language do it) through “conceptual experiments” serving to change, possibly in an eccentric way, some elements of the background context. If, to continue with the same example, I say to a person “cut the grass” in a context in which the earth is by now devoid of lawns, so that there only remain small and slender tufts to be cut carefully with a pair of scissors (to preserve them), then the locution “cut the grass” would contextually have a different meaning.

The gist of these considerations can be summed up as follows: “there are never expressions and affirmations that are completely decontextualized; without reference contexts and speech acts the words that we pronounce and write remain completely inert.”

In addition to distal context, there is a second sense of context, which I have already introduced in the previous chapter, also using the expression “situational context”, and which some philosophers of language call “proximal context.” It concerns the “precise, local and identifiable aspects” that the receiver of the communicative message must bring into play in order to attribute a complete meaning to sentences³³.

In the example of “vehicles in the park”, it is only through concrete, real or imagined, situations that the expression “vehicle” is given a complete meaning within the speech act producing the utterance expressing that given sentence in a contextually determined way, also settling any doubts on the identification of single objects as being part or not of the “class of vehicles” (“is the pedal car a vehicle or not?”).

It is worth stressing, to conclude these considerations, that from the point of view of this theory the complete meaning of a sentence can only be produced

32 For a well known analysis of the *background context*, see John Searle, *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, 117–131, and John Searle, *The Background of Meaning*, in ed. by John Searle, Ferenc Kiefer and Manfred Bierwisch (Eds.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht, Springer, 1980, 221–232.

33 On the difference between *distal context* and *proximal context*, see Bianchi 2001 (n. 22), 268–271.

through the combined intervention of the *distal context* and the *proximal context*. Before this we only have, as starting basis, semantic *frames* or *schemata* of meaning, and that is to say the *conventional meanings* of the single expressions contained in the sentence, which constitute the framework of what we want to say, a space of signification that also represents a major constraint for the process of specification and concretization that will lead to the complete meaning. But, as I have said, the complete meaning is only given through the single speech act that produces an utterance of the sentence by contextualizing it.

Let us now try to delineate three basic features of this approach to meaning. First, however, it is necessary to say something else about an even more general characterization that we have attributed to this theory when, in contrasting it with the *static* approach, we characterized it as *dynamic*. In this sense, it must be specified that this theory looks at the *process of linguistic communication* as the fundamental dimension to refer to in order to understand the notion of meaning; thus it is a conception that addresses first of all the *subjects of the communication* (senders and receivers); secondly, but even more importantly, it addresses the *context* in which this communication is participated in. From this point of view, meaning is not placed either in an abstract and timeless *logical dimension* or in a *psychological or mental dimension*, as if it were a *tertium quid* between the language used for communicating and the objects it speaks about. In meaning, as we will see more clearly afterwards, both dimensions of the processes of linguistic communication coexist: the linguistic tool used (*sense*) and the objects referred to in communication itself (*reference*).

What I have said implies a particular configuration of the theory of meaning. According to this configuration, the objective of this theory is not to describe and explain, *statically*, the entity “meaning”, with its properties, but to account, *dynamically*, for a *set of skills and competences linked to the production, understanding and interpretation of meanings*³⁴. It is evident that in a pragmatically oriented perspective it is the *dynamic* dimension, related to the investigation of how meanings arise and/or how they are attributed, that has precedence over the *static* dimension, related to the investigation of the *nature of meaning* (the “what is” of meaning); it is the second dimension, in a sense, that depends on the first³⁵.

On the basis of what has just been said, it can be affirmed that this theory endeavours to overcome the artificial dichotomy that exists, in the traditional

34 Michael Dummett highlights very well this thesis. See Michael Dummett, What is a Theory of Meaning? (II), in Gareth Evans and John McDowell (Eds.), *Truth and Meaning. Essays in Semantics*, Oxford, Clarendon Press, 1976, 69–72. See also Paul Grice, *Studies in the Ways of Words*, Harvard, Harvard University Press, 1989, 25 ff.

35 For a quite recent pragmatic approach, of a general character, to philosophy of language, see Robert Brandom, *Making it Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.

conceptions of legal interpretation, between “discovering” and “creating”, a dichotomy that none of the three conceptions examined in the previous chapter really challenges. The basic idea behind this proposal is that in a *dynamic* theory of meaning it is possible to maintain the very reasonable thesis that legal interpretation is a “mixture of discovery and creation.” This can be done in an absolutely consistent way because the dimension of discovery and that of creation are both present, it is true, in the process of attribution of meaning, but *not simultaneously*; rather in different phases, and that is to say in one or the other of the different phases (which we will study in the continuation of the chapter) in which this process is articulated, precisely, *dynamically*.

From the dynamic approach delineated above there derive three basic features that must be assigned to the notion of meaning and that are particularly appropriate to the theory of legal interpretation.

Firstly, the notion of meaning is a *stratified* notion, which is articulated on several different levels³⁶; secondly, it is an *inclusive* notion, which comprises both the internal intra-linguistic dimension (*sense*) and the dimension of the “language-world” relationship (*reference*); thirdly, it is a notion which implies *progressive formation* of meaning, that is a meaning which is not produced “all at once” but through a complex process that contains several phases³⁷.

In this section we will deal with the first thesis, in the next section with the second one, and in the final section with the third one. It's time, now, to distinguish three layers of meaning: meaning *in a broad sense*, meaning *in a narrow sense* and meaning *in a weak sense*.

At the first level of this notion there is what we can call *meaning in a broad sense*, that is to say the general meaning of the sentence interpreted (because, as we have said, there is no complete meaning before interpretation), seen as an instrument with which to communicate something determined. Hence in this first layer “meaning” has to be seen as the *autonomous quantum of communication* that is inferable through interpretation from the sentence³⁸. With this definition I make reference to *everything that is communicated in the message contained in the sentence*. The important thing to notice is that at this very general

36 That meaning has many dimensions or layers is a thesis widely shared in the analytic philosophy of language. See, for instance, Mary Hesse, *Revolutions and Reconstructions in the Philosophy of Science*, Brighton, Harvester Press, 1980, 113, and Hilary Putnam, *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers. Vol. II*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, 246, 268–269. In this essay, however, I follow particularly the scheme presented by Ruth Kempson, *Semantic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977, 11 ff.

37 Mauro Barberis, among others, agrees with this thesis. See Mauro Barberis, *Il sacro testo. L'interpretazione giuridica fra ermeneutica e pragmatica*, *Ars interpretandi* 1999, 282–289.

38 See Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, 146.

level the *meaning* of the sentence, in the sense of the complete communicative message expressed by it, also includes the *function*.

At the second level there is *meaning in a narrow sense*, that is to say the *topic of the sentence*, its semantic content which is inferred through interpretation, putting in brackets the element, of a pragmatic nature, relating to the function. In this second dimension it is necessary, as we have already said, clearly to separate meaning and function. It is here, in short, that the two things must be kept separate: meaning in the narrow sense (as *topic*) must be considered as independent of the function – though in a sense correlated to the latter.

The third level of meaning is represented by meaning in a *weak sense*, that is to say by the meaning of single words, and of the notions connotated by them: words and notions that help us to produce, through the interpretative activity, a complete meaning (perhaps one of the many possible meanings) of a sentence (in our case of a legal sentence). This third layer of meaning is called “weak” because it is wholly evident that the meaning of the single words, before an interpretative process is activated, does not express a complete communicative message. This does not mean, however, that the single expressions contained in sentences do not have any meaning. They have, as we will see, *basic conventional meanings*, as they result from the linguistic conventions adopted in a given language, and as, accordingly, they are encoded in dictionaries. These *weak meanings* represent the common linguistic background of the competent speakers of a natural language (and of a technicized language like legal language). It is difficult to imagine speakers of a language understanding one another and communicating together without possessing this common background; without it communicating would always be a “leap in the dark.”

In our example, the word “vehicle” used in the circular has a weak basic meaning that corresponds, by and large, to what we can find in a dictionary under the entry referring to the word in question: what we would find, in short, is a sort of a basic definition running like this: «a vehicle is a self-propelled object, with wheels, able to transport people or things»; and also, possibly, some image representing that class of objects (the image of a motorcar, for instance).

It is important to stress that the words that most interest legal interpretation are configurable as *general descriptive terms*³⁹. “Vehicle” is one of these words; but the same could also be said of more complex constructions like the phrase “country estate”, or those requiring an evaluative intervention, like “common sense of decency”. It is important to specify that the general descriptive terms connote *classes* or *notions*, and therefore have a range that contains more than one single object.

39 Tarello 1974 (n. 38), 223.

8 SENSE AND REFERENCE

I will distinguish, within meaning in a weak sense, the two dimensions of *sense* and *reference*. In this way, as I have said before, I will introduce an *inclusive* notion⁴⁰, of a *dualistic* type, of meaning of single words. As I have said, it is a conception that distinguishes two components of this layer of meaning that are *autonomous* (though between them there is a relationship of mutual interaction), components that will be analysed afterwards, though in a very brief and schematic form: i) *sense*, which concerns the *intra-linguistic dimension* of meaning, and skills and competences (the capacity to understand and speak a language) connected to it; ii) *reference*, which concerns the *relationships between language and reality* and the connected skills and competences related to the connection between language and world (in the case in which reference is made by general terms, of kind, of class, and so forth).

It is extremely important, for the theory of legal interpretation, to maintain an inclusive approach to the theory of meaning. Such an approach, in the limits within which it recognizes the –partial – autonomy of the dimension of sense, makes it possible to reconstruct in a semantic key the complex interpretative operations that jurists carry out when they work on the terms used by the legislator, exploring their systemic connections with other terms in legislative language and building up a complex network of legal notions; but it also makes it possible, in the limits within which the dimension of reference is inserted in that of meaning, to avoid any break between this “internal” work and the relationship with concrete cases (or more exactly with reference to the objects and events that characterize concrete cases). Moreover, adopting an inclusive conception of meaning allows one to attain some important results, in the theory of interpretation, which here, due to lack of space, can only be mentioned. The fact is that it makes it possible, first of all, to recognize that there is no clear-cut distinction between “interpretazione dottrinale” (performed by jurists) and “interpretazione operativa” (performed by judges), but if anything a strong basic homogeneity; and it makes it possible, secondly, to avoid any strong conceptual break between interpretation and application of law, activities that can be seen as two phases of a single process, at least if it is reconstructed in a semantic key.

A useful starting point for understanding more clearly the distinction between these two dimensions of meaning is to try to imagine two different types of possible questions that, even at the level of ordinary language, can be asked regarding the meaning of a word or a notion connotated by the word. Intuitively it is easy to realize that they are two different questions, which arouse two types of different issues.

40 The word “inclusive”, with reference to theory of meaning, is used by Hesse 1980 (n. 36), 113.

The *first question* concerns, precisely, the *sense* of a word or a notion, and can be formulated as follows: “*what is the meaning of that word or notion?*”

The *second question*, instead, concerns the *reference* of the word or the notion, and can be formulated as follows: “*what does that word or notion refer to?*”

I will begin my short analysis from *sense*. According to the *pragmatic and dynamic* vision of language as an instrument of communication, and with the vision of meaning as a *product of interpretation*, my investigation on sense will take as a basic thematic node not the issue of “what is that entity called *sense?*”, possibly mediating between thought and reality, that is to say between language and objects (in the traditional vision, of a *static* type, of meaning and interpretation); but instead the issue of “what does it mean to understand the sense of a word or a notion?”.

Well, “understanding the sense of these linguistic entities” means exhibiting a peculiar *competence*, both at the level of *langue* (the natural language currently spoken inside that community) and at the level of *langage*. Let us now seek to distinguish these two profiles a little more clearly.

“Understanding the sense”, on the *langue* side, means expressing the ability correctly to use the words of a language, in the presupposition, obviously, that their meaning is known, from the point of view of the notions – of the language – connotated by them; that is to say, it means being able to operate correctly the appropriate *substitutions* of the words whose meaning is not known, through the insertion of *synonyms* with a known meaning. Let us think, for instance, of a foreigner who does not understand the sentence “Mario is a bachelor” because he or she does not know the meaning of the word “bachelor” in that *langue*; here the explanation of the sense consists, then, in the substitution of the word in question with a *synonymous* word or phrase (“not married”), whose sense is instead known.

“Understanding the sense”, on the *language* side, means being able to master (often in an implicit way) and/or produce a whole series of assumptions pertaining to the features and properties of the objects that are part of the sphere of extension of the general terms, assumptions that constitute the outcome of the intervention of *definitions*, of various types, of the terms themselves. These are assumptions that can i) concern the *initial phase* of interpretation, in the case in which they represent the *stable conceptual base* (concepts, stereotypes) on which the employment of the terms being defined are founded; ii) or concern the *final phase* of interpretation in the case in which they help to determine the *complete notions* connotated by the terms themselves. It is clearly this second profile that interests legal interpretation.

Let us return to our favourite example, represented by the circular on “vehicles”, to ask ourselves what the basic conditions are for qualifying the “officer-

interpreter” as a linguistically competent member of his legal community. Here it is sufficient to limit ourselves to the second type of conditions, those that concern the level of legal language. The officer will prove to be a linguistically competent member of the legal community insofar as he is able, first of all, to identify the *stable conceptual base* of the notion of vehicle (relying, for instance, on the assumption, previously mentioned, that “a vehicle is a means of transport for people or things, especially mechanical and driven by man”); and, in the second place (in relation to a possible concrete case constituted by a “toy car”, driven by a child), to build a possible complete sense of the same notion, attributing determined coordinates to its field of extension (coordinates traced out, among other things, on the basis of the assumption that “a vehicle is a mechanical means of transport able to produce noises and to provoke damage to things or people”). Obviously this attribution of sense would justify his taking the decision to allow the “toy car” to enter the municipal garden.

Let us now move on to *reference*. On the subject of reference, what the person receiving the communicative message wants to know is: “what *objects* is the person communicating this message to me *speaking about*?” Hence this notion indicates the objects – existing, in some sense, in reality – which our words may refer to.

For the notion of reference, too, we will adopt the dynamic and pragmatically oriented approach to meaning and interpretation that we have used all through this essay. In this sense, the problem of the configuration of the reference of general terms is no longer linked to the question “what is reference?”, but, instead, to the question “how is reference acquired and/or attributed?” Within this type of formulation, the first important thing to be clarified is that the activity of identifying reference can be distinguished into three different phases, which we will now examine.

The first phase of this process is *identification or recognition of paradigmatic cases*. It is the phase that concerns the recognition of the *paradigmatic value* of some concrete instances of the class connoted by the general term involved, that is to say the recognition that some single “exemplary” objects certainly belong to the field of reference of the term. In our example, “cars” certainly constitute *paradigmatic cases* of the notion of “vehicle”, recognized as such by the officer-interpreter, as a linguistically competent member of the legal community.

The second phase is *identification of the set of objects denoted by the term*. It is the phase in which we are concerned to establish a *possible* sphere of extension of the term, that is to say to determine a *possible* class of objects to which it is applicable. It is important to specify that the field of reference, in a conception of a contextualistic type, is not considered as *intrinsically connected* to the use of the term, but rather as susceptible of being reconstructed in different ways, in relation to the intervention of a large series of variables (the context is

“inexhaustible”⁴¹); and these variables, in the case of legal terms, are connected above all both to the general course of the interpretation of the disposition which the terms are part of (the whole complex of “textual” and “extra-textual” elements - purpose of the disposition, principles underlying it, and so forth - serving to orient it); and to needs of an applicative character, which concern the feature of concrete situations, or of typical situation that the disposition is concerned to regulate.

What does it mean to construct a – possible – field of extension of a general term? This operation consists in an *extensional broadening* of the semantic area of the term, a broadening that unfolds through a process that moves from the *cases* recognized at that time as *clear*, regarding which there is no doubt about their belonging to the class (the *paradigmatic cases*), to the *doubtful cases*, whose belonging is more uncertain. The positive result of this process depends on the *degree of similarity*, if any, that is found between the two series of cases; and the *importance* of this similarity for the cases at issue naturally has to be appraised (and depends, in turn, on the results that one wishes to reach through the interpretation and application procedure).

The third phase is *identification of a single object that is part of the sphere of extension of the notion*. It is the *terminal phase*, from a logical point of view, of the process of attribution of reference, which consists in recognizing or otherwise, in a specific concrete object, the member quality, to all intents and purposes, of the class connoted by the term. The result, *positive* or *negative*, of the operation of recognition depends on how the similarities, if any, between the single concrete object and the normal members of the class are evaluated, naturally on the basis of the preventive selection of the similarities deemed *important*.

The phase of identification of reference, if it is set in the sphere of legal interpretation, particularly concerns the *moment of application* of the law, the phase in which the judge applies the general norm, in an interpretation he makes, to the concrete case.

9 THE PROGRESSIVE FORMATION OF MEANING

As I have said before, the third profile of a pragmatically oriented theory of meaning is constituted by the thesis that the attribution of meaning to a sentence, and more specifically, in the case that interests us most, to a legal disposition, is a *process in several phases*, during which the semantic framework of the

41 Charles Travis has many times underscored this very important feature of context. See, for instance, Charles Travis, *Pragmatics*, in Bob Hale and Crispin Wright (Eds.), *A Companion to the Philosophy of Language* (1997), Oxford, Blackwell, 1998, 87–102.

disposition is progressively specified, in contact with concrete cases or typical cases, until, through the act of utterance, a complete meaning is produced.

These various phases can usefully be linked to two big dimensions, the *conventional dimension* and the *contextual dimension*⁴², the presence of which allows us to reach a result which is important for us: that of conceptually separating, in legal interpretation, the element of *discovery* (*conventional dimension*) and that of *creation* (*contextual dimension*). In this way we can account for the idea, which intuitively appears persuasive, that the peculiarity of interpretation consists in a “mixture of discovery and creation”, but without incurring in contradictory affirmations, which instead would happen if we maintained that discovery and creation are activities that are brought into being simultaneously in the same phase.

The *dynamic* vision of meaning, as we have said, involves the idea that meaning is a notion *with progressive formation*: that is to say, it is formed by degrees, passing through various phases (and therefore through progressive specification of the semantic content of the disposition in question), and not “all at once” (whether it is for discovery or creation). These phases, which as we know are distinguishable into two (but will then be broken down into several “sub-phases”), are both to be considered *necessary* passages for the construction of the overall meaning of the sentence.

In this process, divided into several phases, the conventional meaning (of the single expressions) is at the start of the activity of attribution of meaning to a disposition, constituting the shared starting basis (the “common semantic background” – for instance, concepts and paradigmatic cases – that the senders and receivers of the message do not question for the moment), while the contextual meaning *is in the second phase of the process*, which moves towards the objective of construction of a fully specified meaning, an objective that is attained whenever a concrete communicative interaction takes place.

The fact remains, however, that the final moment of complete construction of meaning of a disposition, by legal interpretation, is that of its definitive semantic specification (very often one among the various possible ones) in the various contexts of reception in which there is placed, each time, the normative message expressed by the disposition itself.

In a *dynamic* vision of meaning that is fully articulated, it is not sufficient to distinguish the two dimensions of conventional meaning and contextual meaning; it is also necessary to isolate the various specific phases of the process of progressive formation of meaning, which are part, alternatively, either of the first or of the second dimension. Only by taking these various phases into ac-

42 It is important to stress that, from a dynamic perspective, there is no opposition between these two dimensions. See, on this thesis, Kempson 1977 (n. 36), 5.

count in detail we can have a clearer idea of how the process of attribution of meaning to legal dispositions concretely works. Unfortunately is not possible here, for reasons of space, to examine in detail this articulation of interpretative activity into phases. I can only make a brief mention.

Let us consider the *attribution of sense*. Putting it very schematically, it goes through two phases: the first one, which concerns the recognition of the presence of the concept (the common semantic bases of a pathway that can lead to several complete notions), belongs to the conventional dimension; the second, which concerns the construction of the complete notion, belongs to the contextual dimension.

Let us now consider *attribution of reference*. Summing it up, it can be said the this process goes through three phases: the first one, which concerns the *identification of paradigmatic cases*, belongs to the conventional dimension; the second, which concerns the construction of a possible field of extension of the notion, belongs to the contextual dimension, like the third one, which regards the identification of a single object as belonging to the field of extension of the notion.

Author's short biography

Vittorio Villa is a full professor of legal philosophy at the University of Palermo (Italy) and a member of the editorial board of the journal *Ragion Pratica*. In Palermo and in Agrigento he also teaches legal methodology. In 1996, he was a visiting professor at the University of Edinburgh. His list of publications consists of numerous essays for various journals in Italian, French, English and Spanish. He has also published a few books. In *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali* (Giuffrè, 1984) he discusses models and analogies between the theories of the legal science and those of the natural sciences. *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo* (Giappichelli, 1993) treats the legal knowledge and the concept of positive law. The history of analytical philosophy of law is put at light in *Storia della filosofia del diritto analitica* (Il Mulino, 2003). His book on constructivism and legal theories—*Costruttivismo e teorie del diritto* (Giappichelli, 1999)—will soon have its Spanish translation, whereas his work on legal positivism—*Il positivismo giuridico. Metodi, teorie e giudizi di valore* (Giappichelli, 2004)—is actually being translated in Portuguese.

Eugenio Bulygin

Sodba in ustvarjanje prava

Ključne besede: sestavni deli sodbe, izrek, obrazložitev; splošne norme, posamične norme in opredelitve; njihova veljavnost, obveznost, vplivnost, učinkovitost

Eugenio Bulygin (1931, Jarkov – Sovjetska zveza, zdaj Ukrajina) je danes zaslužni profesor na pravni fakulteti Univerze v Buenos Airesu in častni predsednik Mednarodnega združenja za filozofijo prava in socialno filozofijo (IVR). Bil je odvetnik, profesor, dekan; več let tudi sodnik za civilne in gospodarske zadeve na argentinskem Zveznem prizivnem sodišču. Doktoriral je na Univerzi v Buenos Airesu, kasneje pa se je izobraževal še na Univerzah v Kölnu, Bonnu in Oxfordu. Kot gostujoči profesor je predaval na številnih univerzah v Evropi, Izraelu in Latinski Ameriki. Je prejemnik Konexove nagrade in Humboldtove nagrade ter dveh častnih doktoratov – prvega z argentinske Univerze v Bahía Blanci, drugega s španske Univerze v Alicanteju.

Eno najpomembnejših pravoslovnih knjig – brez pretiravanja – je objavil v soavtorstvu s Carlosom E. Alchourrónom: v *Normative Systems* (Dunaj-New York, 1971; Buenos Aires, 1975; Torino, 2005) izriše logiko systemske ureditve prava. Z njim napiše še celo vrsto razprav o filozofiji prava in deontični logiki. Velik del jih je objavljenih v zbornikih *Análisis lógico y derecho* (Madrid, 1991) in *Sobre la existencia de las normas jurídicas* (Valencia, Venezuela, 1979; Mexico, 2002). Prevedel je devet knjig, v soavtorstvih in samostojno pa objavil petnajst knjig. Med njimi o normah in normativnih sistemih z Danielom Mendoco: *Norme y sistemas normativos* (Madrid, 2005). O pravu, prazninah in vlogi sodnikov s Fernandom Atrio, Joséjem Juanom Moresom, Pablom E. Navarrom, Jorgejem L. Rodríguezom in Juanom Ruizom Manerom razpravlja v *Lagunas en el derecho* (Madrid, 2005). Njegovi filozofiji prava je posvečeno skupinsko delo petnajstih avtorjev *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (Madrid, 2007). V drugem delu knjige sam na kritike tudi odgovori.

Krepko prek sto razprav in člankov je objavil v kastiljščini, angleščini, nemščini, italijanščini, francoščini in ruščini. Nekaj jih je zbranih v *Norme, validitá, sistemi normativi* (Torino, 1995); nekaj prosto dostopnih na spletu – predvsem v revijah DOXA. *Cuadernos de filosofía del derecho* (www.cervantes-virtual.com/portal/DOXA/) in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica* (www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/).

Potem, ko je bil v mladih letih deportiran iz Sovjetske zveze v Nemčijo, so se po vojni z družino preselili iz Avstrije v Argentino. Takrat je bil navdušen igralec šaha. Če ne bi vpisal prava, bi šel študirat filozofijo in matematiko. Tako še zdaj na prvo mesto filozofov stavi Fregeja; sledijo po njegovem Wittgenstein, Quine in von Wright. Med pravoslovci pa – nepresenetljivo – v lestvico naniza Kelsna, Rossa in Harta.

Razprava, ki jo tu v slovenščini (prev. Andrej Kristan) objavljamo v Revusovem kanonu, je pred skoraj pol stoletja najprej izšla v buenosaireški reviji *La Ley* (1966) 124, že leto zatem pa tudi v italijanskem prevodu: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1967) 44, 164–180. V izvirniku je ponatisnjena v Carlos E. Alchourrón & Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, 355–369. Bulygin z njo spreminja dotedanje (in pri nas še zdaj preveč nekritično sprejeto) razumevanje sodniške vloge pri ustvarjanju prava.

Eugenio Bulygin

Sodba in ustvarjanje prava

V tem delu imam namen preučiti zgradbo sodb in vlogo sodnikov pri ustvarjanju prava. Preizkusil bom dve trditvi, ki sta med filozofi prava zelo razširjeni in po mojem nevarno zavajajoči: 1., da so sodbe posamične pravne norme, in 2., da z izdajanjem posamičnih pravnih norm sodniki ustvarjajo pravo. Namesto tega bom utrjeval naslednje: (a) Sodbe so sestavljene enote, ki vsebujejo tako posamične kot splošne norme. (b) Sodnik – v nekem smiselnem pomenu »ustvarjanja« – ne ustvarja posamičnih norm; tisto, kar pač ustvarja (vsaj v določenih primerih), so, nasprotno, splošne norme. (c) Te splošne norme, ki jih ustvari sodnik, niso obvezne, lahko pa pridobijo vpliv, s čimer postanejo del pravnega reda. (č) Pomemben prispevek k ustvarjanju prava je sodniško oblikovanje opredelitev pravnih pojmov. (d) Sodna praksa je skupek vplivnih sodniško ustvarjenih splošnih norm in vplivnih sodniško oblikovanih opredelitev.

1 SESTAVNI DELI SODBE

Tu bomo s »sodbo« razumeli sodno odločitev, ki konča kak spor glede nasprotujočih si koristi (v pravdnem postopku) ali upravičenosti neke kazni (v kazenskem postopku). Na podlagi načela, ki je v novoveških uzakonitvah izrecno razglašeno, *morajo biti* sodbeni izreki (odločitve) *utemeljeni*. Sodnik je dolžan podati razlog za svojo odločitev; izrek mora biti izrecno upravičen.

Kljub temu, da je pojem normativnega utemeljevanja izrednega pomena, je bil doslej v filozofiji prava zelo redko preučevan. Tu se bom omejil na nekaj pomisli. Upravičiti ali utemeljiti odločitev pomeni izgraditi logični sklep ali logično veljavno razlogovanje, med katerega podmenami imamo kakšno splošno normo in katerega zaključek je odločitev. Temelj odločitve je *splošna norma*,

odločitev pa je primer njene uporabe. Med temeljem (splošno normo) in odločitvijo obstaja logična, ne vzročna zveza. Utemeljena je tista odločitev, ki se jo logično izpelje iz splošne norme (skupaj z drugimi dejanskimi – in včasih tudi razčlenjevalnimi – trditvami). Tu še zdaleč ne trdim, da sodnik odkrije rešitev primera z izpeljevanjem iz splošnih norm. Na kakšen način sodnik pride do svoje odločitve, je psihološko vprašanje, ki nas v tem okviru ne zanima; zanima nas zgolj logično vprašanje utemeljenosti.¹

Sodna odločitev ne le da mora biti utemeljena, temveč mora biti utemeljena na pravnih normah in na okoliščinah primera. To pomeni, da morajo biti – vsaj načeloma – splošne norme, ki so normativni temelj odločitve, pravne norme in da se morajo izkustvene trditve, vključene v obrazložitev sodbe, ujemati z okoliščinami primera, za katere so v spisu ustrezni dokazi.²

Pod vplivom Kelsnovega učenja, za katerega se pojma uporabe in ustvarjanja prava pokrivata (razen dveh skrajnih primerov je vsako dejanje uporabe ustvarjanje in nasprotno), se nekateri filozofi prava nagibajo k zabrisanju razlik med zakonodajnim in sodnim delovanjem. A zahteva po izrecnem upravičevanju sodnih odločitev daje sodnemu delovanju zelo poseben pečat, kakršnega zakonodajno delovanje nima. Razlika se pokaže v vlogi, ki jo imajo obrazložitve zakonov (te niso njihov del in strogo gledano niso nepogrešljive) in obrazložitve sodnih odločitev, ki so (nujna) sestavina sodb. Sodba, ki ji manjka utemeljitev, je vzorčni primer samovoljne sodbe.³

Sledil bom utečenim rabam pravnega jezika in s »sodbo« imenoval celoto, sestavljeno iz *obrazložitve* in *izreka oz. dispozitivnega dela* (zadnja dva izraza bosta v tem besedilu rabljena kot sopomenki). Sodbo lahko vidimo kot normativno razlogovanje: izrek je *zaključek* tega razlogovanja, njegove *podmene* pa najdemo v obrazložitvi (čeprav niso vsi stavki v obrazložitvi nujne podmene za logični sklep na zaključek).

Med podmenami imamo tri vrste stavkov, ki jih je koristno posebej izpostaviti: 1. *splošne normativne stavke*, ki tvorijo *normativni temelj* izreka; 2. *opredelitve* v širšem smislu, vključujočem tudi stavke, ki pojmu določajo pomensko polje, in take, ki pomen predpisujejo; in 3. *izkustvene stavke*, ki jih rabimo za *opis dejstev*. Izrek pa je *posamična norma*.

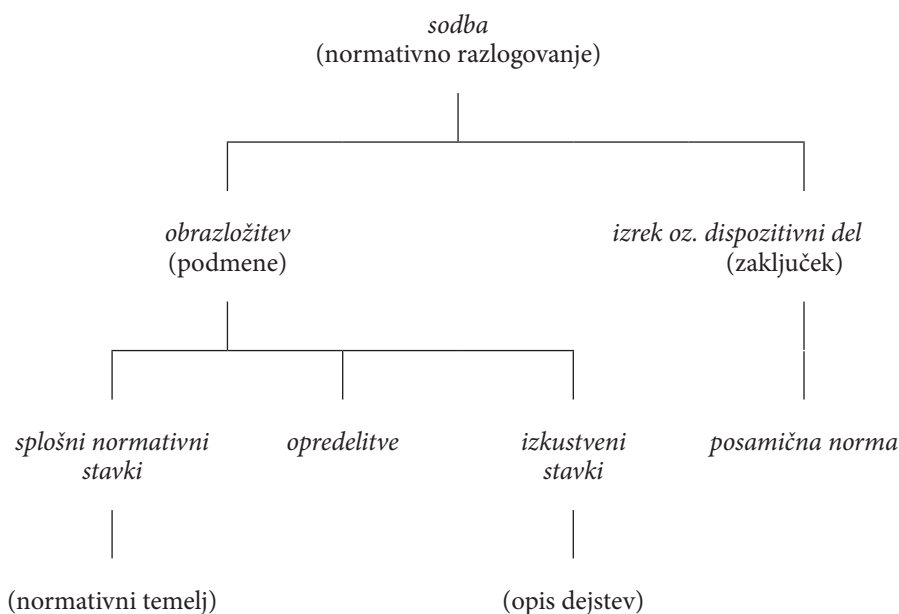
1 Zato nas ne zanima vprašanje časovne prvenstvenosti; možno je, da v številnih primerih sodnik najprej sprejme odločitev in nato poišče njeno upravičenje. Časovno zaporedje ne vpliva na logično prvenstvo utemeljitve glede na izrek.

2 »[...] V skladu s sodno prakso tega Sodišča je pogoj veljavnosti sodbenega izreka, da je ta razumen zaključek tistega prava, ki ima vpliv, s posebnim ozirom na dokazane okoliščine primera.« *Revista La Ley*, letnik 107, 185.

3 Primerjaj Genaro R. Carrió, *Sentencia arbitraria*, *Revista jurídica de Buenos Aires* 1/1965, 2.

Označiti izrek kot posamično normo je brez dvoma pretirana poenostavitev. Kot vsa postopkovna dejanja (in velik del pravnih dejanj na sploh) opravlja izrek pomembno *performativno vlogo*,⁴ te pa pravni filozofi, izgleda, doslej še niso premislili. V nekaterih primerih pride ta performativna vloga v ospredje, kot je to pri izrekih, ki zahtevek zavržejo. Težave, na katere naletijo tisti avtorji, ki želijo tovrstne izreke za vsako ceno skržiti na norme, so jasen znak nezadostnosti uporabljanega pojmovnega orodja.⁵

V poenostavljeni obliki se torej zgradbo sodbe lahko ponazori na naslednji način:



Normativni temelj in izrek sta normativni sestavini sodbe. A medtem ko normativni temelj tvorijo *splošni* normativni stavki, je dispozitivni del posamična norma, ki se nanaša na ravnanje določenih posameznikov in na stvarne sto-

4 Primerjaj John L. Austin, *How to do things with words*, Oxford, Clarendon Press, 1962; v slov. prevodu Bogdana Lešnika, *Kako napravimo kaj z besedami*, Ljubljana, ŠKUC, Znanstveni inštitut Filozofske fakultete (Studia humanitatis), 1990.

5 Primerjaj Carlos Cossio, *Teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, 1964², 181 in nasl.

ritve ali sankcije.⁶ Ni dvoma, da je izrek tisto, kar stranke v postopku najbolj zanima; z vidika pravne znanosti pa ta poraja veliko manjše zanimanje. Kar sodbi daje vrednost precedensa in jo naredi za pravni vir, ni dispozitivni del, ampak so to splošne norme (in opredeljujoči stavki), na katerih temelji. K tej točki se bomo kasneje vrnili.

2 NORME KAKŠNE VRSTE USTVARJAJO SODNIKI?

Ker ustvarjanje norm zamejuje naš predmet obravnave, bomo ob strani pustili zelo pomembna vprašanja, ki se porajajo ob opisovanju dejstev in podrejanju takšnega opisovanja pojmom – kar brez dvoma niso čisto mehanične naloge, saj je sodnik pri tem pogosto primoran vrednotiti in sprejemati odločitve. To so odločitve o pomenu in pomenskem polju izrazov, seveda pa kot take niso brez učinka na normativne posledice dejstev.⁷ Posebno zanimanje vzbudijo neznčilni primeri (imenovani so tudi primeri v senci)⁸; to so prav tisti primeri,

- 6 Za jasno razlikovanje med splošnimi in posamičnimi (ali posebnimi) normami glej Georg Henrik von Wright, *Norm and Action*, London, Routledge and Kegan Paul, 1963, 77–81, od koder si sposojamo naslednje opredelitve:

Neka norma je *posamična glede na osebo*, če in samo če se nanaša na ravnanje enega ali večih določenih posameznikov.

Neka norma je *splošna glede na osebo*, če in samo če se nanaša na ravnanje nekega razreda posameznikov (tj. vseh posameznikov, ki ustrezajo določenemu opisu).

Neka norma je *posamična glede na okoliščine*, če in samo če se nanaša na ravnanje, ki se mora, lahko ali za katerega ni treba; da se uresniči v določenih okoliščinah ali v končnem številu okoliščin.

Neka norma je *splošna glede na okoliščine*, če in samo če se nanaša na ravnanje, ki se mora (lahko ali ni treba, da se) uresniči v neomejenem številu okoliščin.

Neka norma je *posamična*, kadar je posamična glede na osebo in glede na okoliščine.

Neka norma je *splošna*, kadar je splošna glede na osebo ali glede na okoliščine.

Neka norma je *izrazito splošna*, kadar je splošna glede na osebo in glede na okoliščine.

- 7 Ker so pravne norme oblikovane v navadnem jeziku, imajo besede, ki se v njih pojavljajo, običajno neko bolj ali manj jasno pomensko jedro. Zato odločitve sodnikov niso samovoljne, saj služijo zamejitvi prostora takšnih pomenov. Vseeno pa se normo lahko spremeni tudi z opredeljevanjem pojmov. Mar takrat, ko bodo sodniki z nizajočimi opredelitvami med »nepogrešljive predmete« vključili radijski aparat in električni hladilnik, ne bo s tem spremenjena norma, ki takšne predmete razglaša za nezarubljive? Meje med opredeljevanjem, ki teži k podrobnejšemu določanju vsebine neke norme, in tem, kar slednjo spreminja (morda z ustvarjenjem nove norme), so dejansko zamegljene, to pa ne preprečuje, da bi obe dejavnosti pojmovno razlikovali.
- 8 Primerjaj Herbert L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review* 71 (februar 1958) 4, 593–629, in *Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 121 in nasl.; v slov. prevodu Jelke Kernev-Štrajn, *Koncept prava*, Ljubljana, Študentska organizacija univerze (Prevodi), 1994. Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1965, 44 in nasl.

ki sodnika prisilijo k odločitvi, da jih vključi v polje uporabe nekega pojma ali pa jih iz tega polja izloči. Ti, senčni primeri se lahko prikažejo ob katerem koli stvarnem pojmu (naj bo ta še tako izjasnjen), možnosti njihovega obstoja pa ne moremo izključiti z razvojem kakega tehničnega jezika, saj so posledica ene od značilnosti, lastnih vsem izkustvenim jezikom.⁹ Vedno se lahko pojavi nujnost odločiti, ali je neko dejstvo kupoprodaja ali ne oz. ali neko resnično dejanje pomeni ali ne pomeni malo tatvino, četudi bi menili, da izraza »kupoprodaja« in »mala tatvina« označujeta zelo določna pojma s končnim številom opredeljujočih značilnosti.¹⁰

Če se vrnem k ustvarjanju norm: Kaj pomeni ohlapni izraz »ustvariti« normo? Razčlenjevanju tega izraza filozofi prava doslej niso namenili pretiranega truda, kakor da njegova pojasnitev ne bi delala nobene težave.

Da bi na neki način prikazali natančnejše pojem ustvarjanja norm, bomo rekli, da – zato da bi neko normo, ki jo izoblikuje kakšna normodajna oblast, dojeli kot od nje *ustvarjeno* – vsebina te norme ne sme biti niti istovetna kakšni drugi normi, pripadajoči istemu pravnemu redu, ne logična posledica (izpeljana iz) drugih norm. Naša namera ni podati opredelitev »ustvarjanja«, ampak le naznaniti en *nujni pogoj* za to, da bi neko normo lahko šteli za »ustvarjeno«. (Izrecna opredelitev bi privedla do težkega vprašanja o obstoju norm, ki se mu raje izognem.)

Zdaj pa pogledjmo, katere so te norme, ki jih ustvari sodnik.

- A) Kelsen in avtorji, ki mu na tej točki sledijo, zatrjujejo, da sodnik z uporabo splošne norme ustvari posamično normo,¹¹ pri tem pa utemeljujejo takole: 1., posamična norma je proizvod voljnega dejanja in ne zgolj spoznavnega dejanja; in 2., v posamični normi se posnovi vrsta znakov, ki jih uporabljena splošna norma omenja zgolj v pojmovni obliki. Splošna norma določa okvir možnosti; sodnik z izbiro ene od možnosti ustvari posamično normo in na ta način okvir zapolni.

Brez sodnikovega voljnega dejanja seveda ni izreka, vendar to ni zadostno merilo za sklep, da je neka norma ustvarjena oz. da ni ustvarjena. Vsako oblikovanje norme zahteva voljno dejanje, zato bi dal privzem tega merila pojmu normativnega ustvarjanja pretiran obseg.

9 Gre za mogočo ohlapnost ali odprto teksturo jezika. Primerjaj Friedrich Waismann, Verifiability, v Antony Flew (ur.), *Logic and Language* (prva izdaja), Oxford, Basil Blackwell, 1960, in Carrió 1965 (op. 8), 33 in nasl.

10 Sebastián Soler trdi v svoji knjigi *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962, da je veliko pravnih pojmov opredeljenih s podobno natančnostjo kot geometrijski pojmi. Vendar to ne odpravlja težav, ki jih vzpostavlja odprta tekstura jezika in ki se pojavljajo tudi v uporabni geometriji. Zgolj v povsem obličnem (ne izkustvenem) jeziku, kot je čista geometrija, takšnih težav ni.

11 Z izjemo nekaj izrednih primerov, kot sta revizija in plenarna odločitev.

Po drugi strani je res, da posamična norma ne more biti izpeljana samo iz splošne norme. Iz norme: »Kdor drugemu vzame življenje, naj bo kaznovan z zaporom od 8 do 25 let,« ne moremo izvesti zaključka: »Janez naj odsluži 12 let zavora.« To daje vtis, da posamična norma izpolnjuje zgoraj postavljeni nujni pogoj ustvarjanja norm. A izrek je v utemeljeni sodbi logična posledica (beri: izpeljan je iz) obrazložitve, tj. skupka uporabljene splošne norme in opisa dejstev (in opredelitev). Ko imamo normo: »Kdor drugemu vzame življenje, naj bo kaznovan z zaporom od 8 do 25 let,« in opisno trditev: »Janez je Matiji vzel življenje,« se posamično normo: »Janez naj odsluži 8 do 25 let zavora,« lahko izvede neposredno, kar pomeni, da je logično vsebovana v podmenah. V tem smislu je mogoče zatrditi, da posamične norme (tj. dispozitivnega dela sodbe) sodnik ni ustvaril, ampak jo (ga) je izpeljal iz utemeljujoče splošne norme in opredelitev, ki so v igri, ter dejstev primera. Zgolj v samovoljni (tj. neutemeljeni) sodbi izrek ni logična posledica obrazložitve. Z drugimi besedami: sodniku je prepovedano ustvarjati posamične norme, saj je te dolžan izvesti iz splošnih norm in dejstev primera; če pa posamično normo ustvari, je njegova sodba samovoljna.

- B) Navadno sodnik ne ustvarja niti splošnih norm, saj je svoje izreke dolžan utemeljiti na predobstojećih pravnih normah (zakonskih ali običajno-pravnih). Včasih pa vendar pride do primerov, ki jih pravni red ni predvidel, tj. primerov, za katere nimamo nobene uporabljive splošne norme.¹² V takšnih okoliščinah je sodnik lahko pooblaščen¹³ ustvariti splošno normo, ki mu omogoča, da odločitev utemelji. Najpogostejši postopek, ki ga sodniki uporabljajo za ustvarjanje novih norm, je razlogovanje po analogiji.¹⁴ Ker razlogovanje po analogiji nima logične veljave (da bi to imelo, so potrebne dodatne podmene), je z analogijo pridobljena nor-

12 Nekateri avtorji (Kelsen, Cossio) zatrjujejo, da (logične) praznine ne obstajajo, pri tem pa se naslanjajo na načelo »vse, kar ni prepovedano, je dovoljeno«. Vendar bi to načelo izključevalo praznine le, če bi bilo *norma*, v tem primeru pa bi moralo biti nenujno, razen če bi predpostavili obstoj nujnih norm, to pa pomeni tiho sprejemanje naravnega prava. Če pa je, nasprotno, načelo nujno (kot zatrjujejo tisti, ki zanikajo možnost praznin), potem ne gre za normo in torej, ker ničesar ne predpisuje, tudi praznin ne izključuje. O tej težavi glej von Wright 1963 (op. 6), 85–92.

13 Člen 16 Civilnega zakonika Argentine: »Če nekega civilnopravnega vprašanja ni mogoče razrešiti niti z besedami niti z duhom zakona, naj se zateče k načelom analognih zakonov; in če je vprašanje še vedno dvomljivo, naj se razreši z splošnimi pravnimi načeli ob upoštevanju okoliščin primera.«

14 O različnih oblikah razlogovanja po analogiji v pravu glej Carlos. E. Alchourrón, *Juristische Argumente a fortiori und a pari*, *ARSP Archiv für Rechts, und Sozialphilosophie* 1965, Beiheft 41 (Neue Folge 4), in Carlos. E. Alchourrón, *Los argumentos jurídicos a Fortiori y a Pari*, v Carlos E. Alchourrón in Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, 3–24.

ma sodniško *ustvarjena* prav v tistem pomenu besed, ki smo ga pripisali temu izrazu.

V ponazoritev trditve, da sodniki – včasih – ustvarjajo splošne norme, se bomo zatekli k primeru. Gre za zadevo, ki so jo rešila buenosaireska civilna sodišča.¹⁵ Postavilo se je vprašanje, ali je lahko odvetnik pooblaščenec svoje matere v razvezni zadevi proti očetu. Takrat v argentinskem pravu ni bilo norme, ki bi ta primer izrecno pokrila. Civilni senat je odločil pooblastitev v teh okoliščinah prepovedati, pri čemer se je oprl na analogno uporabo 186. člena Zakonika o pravnem postopku, ki se glasi: »Ne more nastopati kot priča proti eni od strank, kdor je z njo v sorodstvu ali svaštvu v ravni vrsti, niti zakonec, četudi je zakonito razvezan.«

Dispozitivni del sodbe (»Odreja se izločitev pooblaščenca tožeče stranke, dr. Tega Intega.«) je posamična norma, ki jo sodišče utemelji takole: »Po analogiji s tem, kar določa 186. člen Zakonika o pravnem postopku, ni mogoče dopustiti, da sin zakoncev, ki sta v razveznem postopku, v vlogi odvetnika prevzame obrambo enega od njiju, saj je možnost kršitve z zakonom varovanja načela enaka tako v primeru priče kot v primeru pooblaščenca ene od vpletenih strani.« V tej povedi lahko razločimo dvojce:

- a) *normo*, ki utemeljuje izrek (»ni mogoče dopustiti, da sin zakoncev, ki sta v razveznem postopku, ... prevzame obrambo enega od njiju«) in je splošna norma (v izrazju von Wrighta – glej op. 6 – gre za izrazito splošno normo). Ta norma ni obstajala pred sodbo, ki jo obravnavamo, prav tako pa tudi ni logična posledica predobstojećih norm, saj se je ne da izpeljati iz 186. člena, ki govori o »*priči proti* eni od strank«, ker se norma (a) nanaša na *pooblaščenca* ene od strank. To normo je torej ustvarilo sodišče;
- b) utemeljitev z analognim sklepanjem, s katerim sodišče pride do norme (a).¹⁶

Obravnavana sodba je značilen primer sodniškega ustvarjanja splošne norme. To seveda ni ustvarjanje *ex nihilo*. Sodniško ustvarjanje splošnih norm z analogijo je ustvarjanje, ki se opira na druge norme in se v tem pogledu vsebinsko zelo razlikuje od zakonodajnega ustvarjanja; tako zelo, da se zdi zmotno isti izraz »ustvarjanje« uporabljati za poimenovanje dveh tako različnih dejavnosti. Kakor koli že pa je pomembno poudariti, da tisto, kar sodniki ustvarjajo – če kaj ustvarjajo –, niso posamične norme, ampak splošne norme.

¹⁵ Objavljeno v *Revista La Ley*, letnik 99, 534.

¹⁶ To kaže, da je naša ponazoritev utemeljevanja pretirano poenostavljajoča. Podrobnejša razčlenba bi morala upoštevati različne *ravni utemeljevanja*.

3 NEKAJ POJMOVNIH RAZLOČKOV

Kako pojasniti, zakaj veliko filozofov prava kljub temu še naprej zatrjuje, da so sodne odločbe posamične pravne norme?¹⁷ Očitno se ti avtorji ozirajo le na dispozitivni del sodbe, kar pa pomen izraza omejuje, saj se v utečenem pravnikiškem jeziku s »sodbo« razume celoten sklop, sestavljen iz obrazložitve in izreka. Upoštevač, da naloga pravne filozofije ni pripisovati nove pomene starim izrazom, ampak pojasnjevati pomene, ki jih imajo ti izrazi v pravni znanosti, je sprememba (razširitev ali omejitev) nekega pojma utemeljena le, kadar prispeva k omenjeni pojasnitvi (na primer: ko stremi k odpravi dvoumnosti ali k jasnemu prikazu pojmovnih razlik ali podobnosti, ki jih običajno izražanje zakriva). V našem primeru ni očiten noben od teh razlogov. Ker pa omenjeni avtorji tudi sami ne navedejo nobenega razloga, ki bi upravičeval spremembo pomena izraza »sodba«, se poraja slutnja, da takega razloga niti ne bi mogli ponuditi.

Tudi kadar ni razlogov, ki spremembo upravičujejo, pa morda obstajajo razlogi, ki spremembo razložijo. Takšne razloge je po mojem mnenju treba iskati v pojmovni zmedbi, ki so jo ti avtorji podedovali od Kelsna. Za Kelsna je vsaka norma nujno obvezna, saj je »obveznost« sopomenka »obstajanja«. Edina obvezna norma, ki jo Kelsen najde v sodbi, pa je posamična norma, vsebovana v dispozitivnem delu. Od tu pa do trditve, da je sodba posamična norma, je le še korak.

Do istovetenja obveznosti norm in njihovega obstajanja (od tod izhaja, da je obveznost nujna značilnost pravne norme) prihaja zaradi dvoumnosti izraza »veljavnost«, ki ga – poleg tega, da izraz zavzema osrednje mesto v *Čisti teoriji prava* – Kelsen uporablja za poimenovanje več lastnosti, ki so med seboj različne. Tako ponudi Kelsen tri opredelitve »veljavnosti«: ustvarjanje, ki je skladno s kako višjo normo,¹⁸ svojevrstno obstajanje norme¹⁹ in obveznost.²⁰ Prisotnost pojmovnih razlik kaže, da bi bilo koristno za vsakega od teh pojmov uporabiti drugačen izraz. Zato bomo razlikovali med veljavnostjo, obstajanjem in obveznostjo norm. Kot delovno predpostavko predlagam naslednje opredelitve:

- 17 Ta trditev izhaja od Kelsna in je bila s posebnim poudarkom podprta s strani avtorjev tako imenovane »egologične šole«. Glej Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Dunaj, F. Deuticke, 1960, 20, 242 in nasl.; *Teoría General del Derecho* (kastilj. prevod Eduardo García Mayez), Mexico, 1958, 159. Cossio 1964 (op. 5). Julio C. Cueto Rúa, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, 1961, 152. José Vilanova, *Acerca de la norma individual*, *Revista La Ley*, letnik 67, 811.
- 18 Kelsen 1960 (op. 17), 200: »Eine Rechtsnorm gilt... darum, weil sie in einer bestimmten, und zwar in letzter Linie in einer von einer vorausgesetzten Grundnorm bestimmten Weise erzeugt ist.« Kelsen 1958 (op. 17), 133: »Pravna norma je veljavna, če je bila ustvarjena v skladu z določenim pravilom in zgolj z njim.«
- 19 Kelsen 1960 (op. 17), 9: »Mit dem Worte 'Geltung' bezeichnen wir die spezifische Existenz einer Norm.«
- 20 Kelsen 1960 (op. 17), 196: »Dass eine sich auf das Verhalten eines Menschen beziehende Norm 'gilt', bedeutet, dass sie verbindlich ist, dass sich der Mensch in der von der Norm bestimmten Weise verhalten soll.«

Veljavnost. – Norma je veljavna, če in samo če jo je narekovala pristojna oblast. Normodajna oblast je pristojna narekovati neko normo, če in samo če obstaja druga (višja) norma, ki njen narek dovoljuje.

Če dejanje, s katerim se neko normo narekuje, poimenujemo kot »zakonito« dejanje takrat, kadar obstaja druga norma, ki to dejanje dovoljuje, potem je veljavnost norme enaka *njeni zakonitosti*.²¹

Obveznost. – Norma je obvezna, če in samo če imajo oblasti, ki jim je zaupana njena uporaba, dolžnost (to predpisuje druga norma), da jo uporabijo.

Natančneje: splošna norma je obvezna, kadar imajo sodniki dolžnost, da jo uporabijo (tj. dolžnost uporabiti jo pri utemeljevanju svojih odločitev).

Kar se tiče pojma obstajanja, bomo tu njegovo opredelitev preskočili, ker za naše cilje ni nepogrešljiva. Gre za *stvarni* pojem, jasno razločljiv od drugih dveh (tista dva sta normativna pojma), a strašno težko opredeljiv.²² Kljub temu se mi zdi pomembno naznaniti tesno vez med obstajanjem norm in njihovo vplivnostjo, zaradi česar je koristno opredeliti izraz »vplivnost« in ga razločiti od »učinkovitosti«, čeprav se oba izraza v pravni filozofiji običajno rabi kot sopomenki.²³

Vplivnost. – Norma je vplivna, če in samo če obstajajo dobri razlogi za trditev, da bo uporabljena v primeru, ko bodo podane okoliščine za njeno uporabo (vplivnost se tu razume kot nenujna lastnost).²⁴

Učinkovitost. – Norma je učinkovita, če in samo če se ji tisti, ki jih norma naslavlja, podreajo.

Iz teh treh razločkov izhaja nekaj zanimivih posledic:

- a) Tako splošne norme kot posamične norme so lahko učinkovite, a imajo samo splošne norme lahko vpliv, saj se zgolj te lahko uporabi, tj. rabi se jih lahko pri upravičevanju sodbenih izrekov.²⁵

²¹ Glej von Wright 1963 (op. 6), 195.

²² Von Wright 1963 (op. 6), 7. poglavje.

²³ Kljub temu pa se zdi, da v občem jeziku ta dva izraza nista sopomenki. Posamično pravilo je učinkovito, kadar se po njem ravnamo, vendar bi ga bilo čudno opredeliti kot vplivno; sodba ima vpliv, dokler ne zastara, učinkovita pa je, kadar je izvršena; zakon ima vpliv, kadar je uporabljan, učinkovit pa je takrat, ko doseže svoj cilj. Primeroma: kazenski zakonik ima vpliv, vendar ni zelo učinkovit, če je njegov cilj odpraviti kazniva dejanja; zakon o zakonski zvezi ima vpliv, a ker ne zasleduje nobenega vidnega cilja, ne bi imelo smisla reči, da je učinkovit.

²⁴ Glej Eugenio Bulygin, *Der Begriff der Wirksamkeit*, ARSP Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, 1965, Beiheft 41 (Neue Folge 4), kjer izraz nem. *Wirksamkeit* ustreza temu, kar tukaj sam imenujem kastilj. *vigencia*, prevajalec pa sloveni kot »vplivnost«.

²⁵ Čeprav na drugem temelju, tudi Soler trdi, da imajo zgolj splošne norme lahko vpliv. Sebastián Soler, *La llamada norma individual*, Revista La Ley, letnik 66, 847.

- b) Vplivnost in učinkovitost (kadar se slednjo pripisuje splošnim normam) dopuščata stopnjevost, te pa pri veljavnosti in obveznosti ni. To pomeni, da je norma lahko zgolj veljavna ali neveljavna, obvezna ali neobvezna, medtem ko je lahko bolj ali manj vplivna in bolj ali manj učinkovita.
- c) Uporabo pojmov obveznost in vplivnost lahko razširimo na stavke, ki niso norme; še posebej na opredelitve. Neka opredelitev je lahko za sodnike obvezna (npr. opredelitev, ki jo oblikuje zakonodajalec), lahko pa je tudi vplivna, kadar jo sodniki dejansko uporabljajo pri utemeljevanju sodbenih izrekov.
- d) Pojmi veljavnost, obveznost in vplivnost označujejo združljive, a med seboj neodvisne lastnosti. Ker je v pravni filozofiji močno zakoreninjeno izročilo, ki »veljavnost« povezuje z »obveznostjo«, je treba neodvisnost omenjenih pojmov še posebej poudariti. Razlikovanje med veljavnimi in neveljavnimi normami je pomembno zlasti zaradi vprašanja izničenja norm. Neveljavne norme je mogoče ne samo odpraviti z učinkom za naprej, ampak tudi izničiti. Vendar pa so neveljavne norme obvezne, vse dokler jih ne izničimo. Kadar je kako normo mogoče izničiti samo v nekem roku, s potekom tega roka; ne da bi bili normo izničili; vprašanje njene neveljavnosti izgubi pomen. Na podoben način neustavni zakon ne neha biti neustaven, če se sodišča izrečejo za nepristojna razglasiti njegovo neustavnost. Veljavnost zakona pomeni logično vez med zakonom in ustavo in kot taka ni odvisna od tistega, kar rečejo sodniki. A ko sodišča enkrat zakon pripoznajo, vprašanje njegove neveljavnosti za prakso ni več zanimivo.

To težavo je Kelsen obravnaval pod naslovom »Nasprotja med normami različnih stopenj«.²⁶ V enem pomenu »veljavnosti« (skladnost z višjo normo, tj. zakonitost) sta neustavni zakon ali nezakonita sodba očitno neveljavni. Vendar so norme kot take obvezne, »obveznost« pa je po Kelsnu sopomenka »veljavnosti«, iz česar izhaja, da so te norme hkrati veljavne in neveljavne. Četudi tu v resnici protislovja ni, ker ima beseda »veljaven« v vsakem primeru drugačen pomen, se je Kelsen (on dvoumnosti ni opazil) prisiljen zateči k pozornost vzbujajoči rešitvi: da bi se navideznemu protislovju izognil, vpelje svojo slavno tiho izbirno klavzulo, s katero vsem pravnim telesom podeli pristojnost narekovati norme s poljubno vsebino. Tako postanejo vse norme nekega postavljenopravnega reda analitično veljavne,²⁷ veljavnost pa neha biti nekaj nenujnega in se spremeni v apriorno značilnost.

Lahko damo tudi nasprotni primer: primer veljavnih, a neobveznih norm. To značilnost imajo splošne norme, ki jih ustvarijo sodniki, saj v tistih primerih, v katerih sodnik svojega izreka ne utemelji na predobstoječi normi, ampak na normi, ki jo ustvari sam, slednja za njegove kolege ni obvezna. Drugi sodniki

²⁶ Kelsen 1960 (op. 17), 271 in nasl. Kelsen 1958 (op. 17), 182 in nasl.

²⁷ Glej Roberto J. Vernengo, La función sistemática de la norma fundamental, *Revista jurídica de Buenos Aires* 1-2/1960, 212.

se lahko za razrešitev podobnega primera oprejo na drugačno normo. Tako bi se, primeroma, lahko zgodilo, da bo drugo sodišče namesto analogne uporabe 186. člena Zakonika o pravnem postopku ustvarilo normo, ki dovoljuje pooblastitev v okoliščinah našega primera iz točke 2, opirajoč se na to, da ne obstaja nobena izrecna prepoved in da nikomur »ni mogoče ... odreči tistega, kar zakon ne prepoveduje« (člen 19 argentinske ustave). V takšnem primeru bi imeli normo, ki bi jo sodnik ustvaril z uporabo splošnih pravnih načel (ob drugih običajnih načinah sodniškega ustvarjanja norm).

Dodati je treba, da so te neobvezne norme povsem veljavne, ker se je sodnik v primeru pravne praznine izrecno pooblaščen zateči k analogiji ali splošnim pravnim načelom (16. člen Civilnega zakonika).

4 SO SPLOŠNE NORME, KI JIH USTVARIJO SODNIKI, PRAVNE NORME?

Do katere točke je neko normo, ki jo je sodnik ustvaril za utemeljitev sodbene izreka, upravičeno imenovati »pravna norma«? Mar so te, neobvezne norme; sestavni del pravnega reda na isti način; kot so njegov del obvezne norme, ki jih ustvari zakonodajalec? Kaj ni obveznost po naključju bistvena značilnost pravnih norm?

Na ta vprašanja ni lahko odgovoriti. Težava ni zgolj v izrazju, saj četudi je gotovo, da so odgovori odvisni od pomenskega polja, ki bi ga radi dali pojmu pravne norme, ni nič manj gotovo, da tu ne gre za podajanje imenovalne opredelitve, ampak za izgradnjo nekega *explicatum* (v Carnapovem pomenu) za ohlapni izraz »pravna norma«.

Kakor koli že, ne zdi se mi primerno, da bi iz obveznosti naredili opredeljujočo značilnost pravne norme, saj bi na ta način ostale iz polja pravnega izvzete vplivne neobvezne norme. Če je cilj pravne znanosti opisati tisto pravo, ki ima nek vpliv,²⁸ obveznost ne more služiti kot opredeljujoče merilo prava.

Posledično je razred splošnih norm, ki jih ustvarijo sodniki, primerno razdeliti na dva podrazreda: 1. na tiste norme, ki imajo vpliv in za katere se zdi, da jih brez resnih težav pripoznamo kot prave pravne norme; 2. na tiste norme, ki nimajo vpliva. V zvezi z zadnjimi se nam lahko porodijo močni dvomi. Ali je nek normodajni stavek, ki ni niti obvezen ne vpliven, mogoče šteti za obstoječo pravno normo? Misel, da je vplivnost neke norme nujen pogoj njenega obstajanja, se zdi razumna. A četudi vztrajamo na opredelitvi takšnih norm kot pravnih, moramo najti neko merilo, ki omogoča razločevati med temi normami

28 Alf Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, 1. in 2. poglavje.

in tistimi normodajnimi stavki, ki jih očitno ne bi želeli imenovati »pravne norme«, kot so na primer stavki, ki jih oblikuje kak odvetnik.

Eno od možnih meril bi bilo lahko naslednje: splošne norme, ki jih ustvarijo sodniki, niso obvezne, vendar služijo kot temelj posamičnim normam, ki so obvezne in (v večini primerov) učinkovite. Dejstvo, da je neka (neobvezna) splošna norma temelj obvezni posamični normi, omogoča njeno razlikovanje ne le od »ne uradnih« stavkov (takšni so stavki kakega odvetnika ali kakega pravnika), ampak tudi od splošnih norm, ki so oblikovane s posameznim ločnim mnenjem v kakem sodnem senatu.

V oziru na vse skupaj se mi ne zdi, da bi ta značilnost zadoščala za razširitev pojma pravne norme na te, tako nenavadne norme. A kakršen koli naj že bo končni odgovor na vprašanje, kako imenovati (nevpilvne) splošne norme, ki jih ustvarijo sodniki, je jasno, da gre zdaj le še za jezikovno vprašanje. Naj bodo pravne ali ne, to so edine norme, ki jih sodniki ustvarjajo. Upošteva je možnost, da takšne norme pridobijo vpliv – v tem primeru njihov *položaj* pravnih norm postane neizpodbiten –, je njihov pomen za pravno znanost očiten. Ustvarjanje teh splošnih norm (in ne ustvarjanje posamičnih sodbenih izrekov) je tisto, kar nam omogoča zatrjevati, da je sodna dejavnost vir prava.

5 SODNA PRAKSA KOT PRAVNI VIR

Skušali smo jasno izpostaviti potrebo po prevetritvi nekaj misli, ki v zvezi z sodnim ustvarjanjem pravnih norm v določenih pravnih okoljih prevladujejo. Za zaključek podajmo nekaj dodatnih pripomb k vlogi, ki jo ima sodna praksa kot pravni vir, s posebnim ozirom na naslednje tri trditve: (i) Napačno je trditi – kot se pogosto počne –, da je sodna praksa skupek posamičnih pravnih norm (sodbenih izrekov). (ii) Sodna praksa ne pomeni nujno ponavljanja sodb. (iii) Prispevek sodnikov k ustvarjanju prava se ne omejuje na ustvarjanje norm; prav tako, če ne še bolj pomembno je opredeljevanje (zamejevanje) pravnih pojmov.

- (i) V tem besedilu zagovarjana trditev, da sodne prakse ne sestavljajo posamične norme, ampak splošne norme, na katerih so prejšnje utemeljene, je precej manj prevratniška, kot pa se zdi na prvi pogled. Opisovanje precedensa kot proizvoda »posploševalnega in razvrščevalnega postopka«, ki ga izvaja sodnik, ko precedens uporablja,²⁹ se od naše trditve dosti ne

29 Cueto Rúa 1961 (op. 17), 151. Kljub temu se zdijo pretirane naslednje avtorjeve trditve: »Vendar obratno, ko sodba, h kateri se zatečemo kot k viru, pri njeni uporabi ne prevaja neke zakonske norme, ampak drugo sodbo, tako kot v *common law*, ji mora sodnik dati neko splošnost, ki ji manjka in ki se je prav tako ne najde pri navedenem viru,« (153) in »Skozi ta postopek sodnik, ki se zateče k nekemu poprejšnji sodbi ... spremeni to, kar je bila prej posamična sodba, v splošno normo« (155).

oddaljuje. Kaj namreč pomeni »posplošiti« neko posamično normo, če ne najti neko splošno normo, katere primer uporabe predstavlja prva (tj. posamična norma)? In četudi *mora* biti načeloma ta splošna norma vsebovana že v sodbi, ki služi kot precedens, ni prav nič manj gotovo, da je njena oblika lahko dejansko tako pomanjkljiva, da bi bilo morda težko natančno določiti vsebino in domet utemeljujoče norme. V tem smislu je res, da morata razlagalec ali uporabljajoči sodnik pogosto izvršiti zapleteno nalogo besedne razlage, da to, kar učenje *common law* (na tej točki je bolj razvito kot romanistično učenje) imenuje *ratio decidendi* primera (v našem izrazju: utemeljujoča norma) – ta tvori angl. *holding* – ločita od tistega, kar je goli *dictum*, torej stavki, ki niso sestavni del utemeljitve odločitve.

- (ii) Seveda sodne prakse ne tvori vsaka sodba, s katero je ustvarjena kaka splošna norma. Sodna praksa je skup vplivnih norm, ki jih ustvarijo sodniki. Te norme imajo vpliv, kadar so resnično uporabljane s strani sodišč. Da ima neka norma vpliv, se ne zahteva, da je bila dejansko uporabljena v bolj ali manj velikem številu primerov. Dovolj je, če obstajajo dobri razlogi za trditev, da bo norma uporabljena v primeru, ko se pojavijo ustrezne okoliščine. Tako ena sama sodba – na primer, ko gre za neko sodišče z velikim ugledom – lahko da ustvarjeni normi vpliv in posledično postavi sodno prakso. Zato morda ni pretirana na primer trditev, da je ena sama odločitev Vrhovnega državnega sodišča – v zadevi »Siri«³⁰ postavila sodno prakso na področju ustavnih pritožb, četudi sodbe tega Sodišča niso obvezne za druga državna sodišča.
- (iii) Sorazmerno redki so primeri, v katerih imajo sodniki priložnost ustvariti novo normo. V večini primerov to, kar ustvarijo sodniki, niso norme, ampak opredeljujoči stavki, tj. stavki, ki določajo pomensko polje nekega pojma. Zadošča že hiter pogled na katero koli zbirko sodne prakse, da bi se prepričali, da večina povzetkov, ki strnjujejo tisto, kar imamo v sodbah za pomembno, ne vsebuje normodajnih stavkov. Kadar sodnik odloči, kaj je treba razumeti kot »pomembno ustavnopravno vprašanje« ali »izkoriščevalske obresti«, ne gre za narek norm, ampak za opredeljevanje pojmov. Ko te opredelitve uspejo pridobiti vpliv – tj. ko obstajajo dobri razlogi za prepričanje, da jih bodo uporabili drugi sodniki –, takrat postanejo del pravnega reda. To jasno izpostavlja nezadostnost ustaljenega opredeljevanja pravnega reda kot skupka norm: sestavni deli prava so tako norme kakor tudi opredelitve.³¹ Sodna praksa pa je pravni vir v tistem smislu, v katerem

30 Objavljeno v *Revista La Ley*, letnik 89, 531.

31 Carlos E. Alchourrón je zaslužen za naznanitev pomembne vloge, ki jo imajo v pravu opredelitve. To je izpostavil tako v svojih predavanjih na Univerzi v Buenos Airesu kot v številnih zasebnih pogovorih, v katerih sem sodeloval z velikim zadovoljstvom.

sodniki prispevajo k ustvarjanju pravnih norm in k opredeljevanju pravnih pojmov.

Iz kastiljskega izvirnika prevedel

*Andrej Kristan.**

- * Pri prevajanju so mi bili v pomoč pogovori s Cristino Redondo, Erico Frontini in Álvarem Núñezem Vaquerom; vsem trem gre tu slovenski – »Hvala!«. Glavni oreh je predstavljal pojem, ki ga avtor imenuje kastilj. *vigencia*. V pravno slovenščino se ta navadno prevaja enako kot kastilj. *validez*, torej »veljavnost«, ki je drugi ključni pojem te razprave. Dejstvo, da se je pred pol stoletja v istovrstno zanko ujel angleški prevajalec Alfa Rossa danske knjige *O pravu in pravičnosti* (z angl. *valid* je prevajal tako dan. *gyldig* kot dan. *gældende*; Ross 1958 (op. 28) – s tem pa mestoma zapeljal na stranpota v pomislih Rossu tudi Kelsna in Harta), ne zmanjšuje teže sodbi, da smo pri nas (tu izhajam iz lastnega poznavanja slovenskega spisja) na tej točki pravoslovni zamudniki. Kot pokaže ne zgolj ta razprava, ampak tudi vrsta drugih spisov (predvsem teh, ki se naslanjajo na iskrivi spopad med Rossom, Kelsnom in Hartom), je namreč razlikovanje med obema pojmomoma v pravu pomembno. Da bi našel prepotrebni nam slovenski par besed, pa se nisem mogel nasloniti na avtorjevo nemško sugestijo za prevajanje kastilj. *vigencia* – glej Bulygin 1965 (op. 24) –, ker nem. *Wirksamkeit* pri nas slovenimo kot »učinkovitost«, s katero prevajam še enega od štirih ključnih pojmov te razprave: kastilj. *eficacia*. Res je, da sem slednjo (s tujko: efikasnost) drugod prevajal tudi kot »učinkujočnost« ali »zmožnost učinkovanja« (tako v prevodu Manuela Atienze Argumentiranje in ustava, *Revus* (2009) 9, 128, končna opomba), vendar tu pomen, ki ga sporoča ta izraz, ne ustreza avtorjevi opredelitvi pojma; prav tako – čeprav je blizu – pa »učinkovitost« v slovenščini ne nosi tiste sporočilnosti, ki jo Bulygin zakoliči v svoji opredelitvi kastilj. *vigencia* (ter nem. *Wirksamkeit*; ustreza pa tukajšnji opredelitvi kastilj. *eficacia*). Ker sta si pojma v pomenu vendarle blizu (Bulygin sam je zgoraj opozoril, da se v pravoslovju večkrat žal uporabljata celo kot sopomenki; na primeru Kelsna to mdr. utrjuje Eric Millard, *Deux lectures critiques d'Alf Ross*, v: Olivier Juanjan (ur.), *Théories réalistes du droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, 9–14), sem se odločil, da z »učinka« skočim na »vpliv« in pojem, ki ga avtor označuje s kastilj. *vigencia*, v slovenščini poimenujem »vplivnost«: po Bulyginu je norma torej vplivna – ponovimo –, »če in samo če obstajajo dobri razlogi za trditev, da bo uporabljena v primeru, ko bodo podane okoliščine za njeno uporabo« (učinkovita je, »če in samo če se ji tisti, ki jih norma naslavlja, podreajo«, veljavna pa, »če in samo če jo je narekovala pristojna oblast«). Tega izbora besed nisem premislil v okviru zgoraj omenjenih razpravljanih med tremi glavnimi pravoslovci prejšnjega stoletja (glej 4. razdelek Hansa Kelsna *Ein Realistisches* und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, letnik X (1959) 1, 1–25; Herbert L. A. Harta, *Scandinavian Realism*, *Cambridge Law Journal* 1959, 233–240, ponatisnjeno v: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, 161–169; in Rossov odgovor Hartu: *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, *Revista Juridica de Buenos Aires* 1961; ponatisnjeno v: Stanley L. Paulson in Bonnie Litschewski Paulson (ur.), *Normativity and Norms*, Oxford, 1998, 147–163). Čeprav je s kastilj. *vigencia* Genaro R. Carrió ustrezno in z Rossvim soglasjem prevedel dan. *gældende* (glej *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, 12), moram tu poudariti, da slov. »vplivnost« za prevode drugih pravoslovnih besedil morda ne bo na mestu. Ali pač?
- Preostale (izbrane) pojme sem prevajal takole: kastilj. *resolución* kot »izrek«, kastilj. *enunciado* pa v izogib nejasnosti zato kot »stavek«. Kastilj. *considerados* da v slovenščini »obrazložitev«, kastilj. *casos de penumbra* »primere v senci«. Kastilj. *extensión* (jezikoslovno filozofski izraz) prevajam v »pomensko polje«, kastilj. *existencia* v »obstajanje«, kastilj. *letrado* kot »pooblaščenec«, kastilj. *fallo* kot »sodba«, kastilj. *recurso de amparo* kot »ustavna pritožba«. Namesto k tujkam se raje zatekam k domačim besedam. Konkretizirati tako postane *posnoviti*; namesto abstraktne oblike govorim o *pojmovni* obliki (»v posamični normi se posnovi vrsta znakov, ki jih uporabljena splošna norma omenja zgolj v pojmovni obliki«). Subsumpcija je tu *podrejanje* (tj. podrejanje dejstev pravilom; drugod sem to slovenil tudi kot »podvzemanje«; podvzemanje življenjskega primera pod zakonski dejanski stan – glej *Revus* (2009) 9, 128, končna opomba). Vsakršna pomisel bo seveda dobrodošla na: andrej.kristan@revus.eu.

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: „Odredbе 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 etatički), 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 arbitarnost,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 toposi (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 spoznavanje),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 spoznavanje 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 cjepljenje 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 pravници 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 arbitrarnosti.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 povrijeđene 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.

Tadej Dubrovnik

Sistem volitev in pristojnosti predsednika republike v baltiških državah in v Sloveniji

Prispevek obravnava sistem volitev predsednika republike v baltiških državah. Za razliko od Latvije in Estonije v Litvi predsednika republike volijo na neposrednih volitvah volivci, pri čemer večina, potrebna za izvolitev, v prvem krogu variira glede na volilno udeležbo. Estonska ustava omogoča tudi do pet krogov volitev. V prvih treh krogih predsednika republike voli parlament. V primeru, da noben kandidat ne dobi ustrezne večine glasov, se oblikuje posebno volilno telo, ki voli predsednika republike v četrtem in po potrebi tudi petem krogu volitev. Svojevrstna ureditev je tudi v Latviji, kjer v primeru, ko tudi v drugem krogu volitev ni izvoljen predsednik, pričnejo z izločanjem kandidatov, ki so dobili najmanj glasov (*run-off elections*). V prispevku so celovito predstavljeni tudi predsednikov položaj in njegove pristojnosti, pri čemer je pozornost posvečena pristojnostim na zakonodajnem in izvršilnem področju. Celovit pregled bo omogočil kritično presojo, ali je z načinom volitev nujno povezan tudi obseg formalno določenih pristojnosti predsednika republike.

Ključne besede: predsednik republike, šef države, predsedniške volitve, parlamentarni sistem, baltiške države, Estonija, Latvija, Litva

1 UVOD

Prispevek obravnava volitve in pristojnosti šefa države v Republiki Estoniji, Republiki Litvi in Republiki Latviji.* Gre za države, ki so z neodvisnostjo leta 1991 razvile parlamentarni sistem, ki temelji na načelu delitve oblasti. To pomeni, da je izvršilna oblast razdeljena med vlado kot dejanskim nosilcem oblasti, ter šefa države, ki je zgolj simbolični šef izvršilne veje oblasti in ima zelo omejene (predvsem reprezentativne) pristojnosti. Že uvodoma velja izpostaviti, da se parlamentarni sistemi in položaj šefa države v njih v sodobnih ustavnih ureditvah med seboj razlikujejo, kar se kaže tudi v obravnavanih treh državah.

Prispevek podrobneje prikazuje sistem predsedniških volitev, pri čemer so celovito predstavljeni tudi njegov položaj in pristojnosti. Pri tem je pozornost posvečena predvsem pristojnostim na zakonodajnem in izvršilnem področju. Celovit pregled predsednikovih pristojnosti bo omogočil kritično presojo, ali je z načinom volitev nujno po-

vezan tudi obseg formalno določenih pristojnosti predsednika republike.

Ureditev predsedniških volitev v baltiških državah je zanimiva in specifična. Tako estonska ustava omogoča tudi do pet krogov volitev, kjer v prvih treh krogih predsednika republike voli parlament, za morebitni četrti in peti krog pa se oblikuje posebno volilno telo. Svojevrstna ureditev je tudi v Latviji, kjer v primeru, ko tudi v drugem krogu volitev ni izvoljen predsednik, pričnejo z izločanjem kandidatov, ki so dobili najmanj glasov (*run-off elections*). Za razliko od Latvije in Estonije v Litvi predsednika republike volijo na neposrednih volitvah volivci, pri čemer večina, potrebna za izvolitev, v prvem krogu variira glede na volilno udeležbo.

V sklopu volitev je obravnavana tudi pridobitev pasivne volilne pravice, za katero je v vseh treh državah predpisan starostni cenzus 40 let. Glede tega je svojevrstna izjema naša ustavna ureditev, ki izenčuje pogoje za pridobitev aktivne in pasivne volilne pravice, ki se tako pridobi z

doseženim 18. letom starosti.¹ Poleg višje starostne meje države določajo tudi druge pogoje za pasivno volilno pravico. V zvezi z mandatom je v obravnavanih državah določeno, da se (z izjemo Latvije) predsednika republike izvoli za dobo petih let ter da je isto osebo za predsednika republike možno izvoliti zaporedoma največ dvakrat. Iz povedanega sledi, da ni izključena ponovna izvolitev iste osebe za predsednika republike, če v vmesnem času, po prenehanju zaporednega mandata, funkcijo predsednika republike opravlja druga oseba.²

V prispevku so tako podane temeljne značilnosti posamezne ustavne ureditve, znotraj tega pa celovit prikaz šefa države, s poudarkom na njegovih volitvah.

2 PREDSEDNIK REPUBLIKE ESTONIJE

2.1 Položaj estonskega predsednika republike

Skladno z ustavo³ je v Estoniji uveden parlamentarni sistem, ki temelji na načelu delitve

oblasti.⁴ Predsednik republike je del izvršilne veje oblasti in je državni poglavar Estonije, ki predstavlja državo doma in v tujini.⁵

Estonski predsednik je izvoljen za dobo petih let, vendar največ dvakrat zaporedoma.⁶ Njegova mandatna doba je izjemoma lahko tudi daljša ali krajša. Če se mandat predsedniku republike izteče med vojno ali med trajanjem izrednega stanja, mu le-ta preneha po koncu takega stanja. Ob morebitnem podaljšanju mandatne dobe morajo biti volitve novega predsednika republike opravljene najkasneje tri mesece po koncu vojnega ali izrednega stanja. Krajša mandatna doba je posledica trajnega zadržka, odstopa, smrti ali drugega prenehanja predsednikove funkcije. V tem primeru opravi parlament volitve novega predsednika republike v roku 14 dni po prenehanju funkcije prejšnjega predsednika. Ustava še določa, da izvoli parlament novega predsednika, kadar do tedanji več kot tri mesece zaporedoma ne more izvrševati svojih dolžnosti.

1 V osnutku ustave je bilo sicer predvideno, da bi za predsednika republike lahko bil izvoljen le državlján Slovenije star najmanj 35 let. Podrobneje o tem Ciril Ribičič, Ustavni položaj predsednika republike, v Igor Kaučič (ur.), *Nova ustavna ureditev Slovenije: zbornik razprav*, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 1992, 181. Ustavna ureditev s tem, ko ni posebej določila minimalne starosti predsedniškega kandidata, tudi odstopa od javnomnenjske raziskave iz leta 1989, glej Miro Cerar, Položaj in vloga predsednika Republike Slovenije, *Teorija in praksa* 5/1997, 777.

2 Na tem mestu velja opozoriti na razliko, saj nekatere ustave določajo, da je ista oseba lahko izvoljena največ dvakrat, druge države pa kot že navedeno poznajo zgolj omejitve, da ista oseba ne more biti izvoljena več kot dvakrat zaporedoma, kar pomeni, da je lahko kasneje (»po prekinitvi«) ponovno izvoljena za predsednika republike; slednje velja tudi v Sloveniji. Širše o tem Andrej Kristan, CIII. URS: O dvokratnosti zaporedoma, *Pravna praksa* 3/2001, 45. Glej tudi Matevž Krivic, Vaja v argumentiranju: Je lahko nekdo trikrat izvoljen za Predsednika Republike? *Pravna praksa* 7/2001, 31.

3 Ustava Republike Estonije (Põhiseadus) z dne 28. junij 1992 in naknadnimi spremembami, v izvirnem besedilu dostopna na www.president.ee/et/vabariik/põhiseadus.php (19.12.2009), v angleškem jeziku dostopna na www.president.ee/en/estonia/constitution.php (19.12.2009).

4 O estonski ustavni ureditvi Jana Laasch, Staat und Regierung in Estland, www.europa-digital.de/laender/est/staat/ (18.2.2008) ter Dzintra Bungs, Estland, v Weidenfeld (ur.), *Europa Handbuch, Band 2: Die Staatenwelt Europas*, Gütersloh, Verlag Bertelsmann Stiftung, 2004, 113-124. in Thomas Schmidt, *Die Aussenpolitik der baltischen Staaten*, Wiesbaden, VS Verlag, 2003, 74. O položaju, volitvah in pristojnostih predsednika republike Estonije glej 5. poglavje (77.–85. člen) Ustave Republike Estonije ter Tadej Dubrovnik, The Position, Election and Powers of the President of the Republic of Estonia, *Lex Localis – journal of Local Self-government* 1/2009, 19-32.

5 Predstavljanje države na zunaj ne daje predsedniku republike pristojnosti za samostojno oblikovanje zunanje politike države. Tako v skladu z načelom delitve oblasti predsednik republike pri predstavljanju države navzven upošteva temeljne odločitve parlamenta in politiko vlade. Glej Miha Ribarič, Status Predsednika Republike Slovenije v sistemu vladanja, http://www2.gov.si/up-rs/1992-2002/mk.nsf/PRI_ODG?OpenView (4.11. 2008).

6 Predsednik Republike Estonije je Toomas Hendrik Ilves, izvoljen leta 2006. V prvih treh krogih Ilves ni dobil predpisane dvotretjinske večine. V petem krogu, kjer predsednika voli posebno volilno telo, je Ilves dobil 174 glasov od 345. Glej Press and Information Department, Ministry of Foreign Affairs, Estonia Today – Presidential elections, *web-static.vrm.ee/static/failid/422/Presidential_elections_2006.pdf* (4.11.2008).

Z nastopom funkcije predsednika republike le temu začasno preneha njegovo članstvo v politični stranki. Nasprotno na primer slovenska ustava predsedniku ne prepoveduje formalne strankarske pripadnosti v času opravljanja svoje funkcije, mora pa po mnenju slovenske pravne teorije kot predstavnik države po naravi stvari delovati nadstrankarsko.⁷

Glede predsednikove odgovornosti velja v estonski ureditvi sledeče: predsednik republike uživa imuniteto, pri čemer je po ustavi kazenski pregon zoper njega mogoče začeti le na predlog sodnega kanclerja⁸, kar mora potrditi tudi večina poslancev v parlamentu. Predsednik republike je do odločitve sodišča suspendiran s svoje funkcije. V primeru pravnomočne obsodbe mu funkcija preneha.

2.2 Volitve estonskega predsednika republike

Predsednika republike voli parlament (estonski parlament *Riigikogu* je enodomen in šteje 101 poslanca) ter posebno volilno telo.⁹ V primeru, da predsednika v prvih treh krogih volitev ne more izvoliti parlament, se oblikuje posebno volilno telo, ki voli predsednika v četrtem in morebitnem petem krogu.¹⁰

7 Glej na primer Miro Cerar, *Položaj in vloga predsednika Republike Slovenije, Teorija in praksa* 5/1997, 777. Več o položaju predsednika Republike Slovenije Janko Rupnik, Rafael Cijan, Božo Grafenauer, *Ustavno pravo Republike Slovenije, Posebni del*, Maribor, Pravna fakulteta, 1996, 193 ter Igor Kaučič, Franc Grad, *Ustavna ureditev Slovenije*, Ljubljana, GV, 2000, 251. Glej še Miha Ribarič, *Pristojnosti predsednika republike*, v Lovro Šturm (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije*, Ljubljana, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, 2002, 836.

8 Sodni kancler je samostojna uradna oseba, ki nadzira ustavnost in zakonitost izvršilne in zakonodajne veje oblasti. Imenuje ga parlament na predlog predsednika republike za dobo 7 let (glej 139. in 140. člen ustave).

9 Temeljna pravila o volitvah predsednika republike vsebuje ustava v 5. poglavju (77.–85. člen), podrobneje pa predsedniške volitve ureja zakon o volitvah predsednika republike iz leta 1996.

10 Glej tudi Andre Brodocz, Hans Vorländer, *Estland: Verfassung*, www.bpb.de/themen/7GWU95,0,0,Verfassung.html (5.2.2008). O predsedniških volitvah v vzhodni Evropi tudi Wolfgang Ismayr, *Die politischen Systeme der EU*

2.2.1 Volitve estonskega predsednika republike s strani parlamenta

Predsednika republike se voli na tajnem glasovanju, kjer ima vsak poslanec po en glas. Kandidata za predsednika lahko predlaga 1/5 poslancev, pri čemer lahko posameznik podpre le enega kandidata. Izvoljen je kandidat, za katerega sta glasovali najmanj dve tretjini vseh poslancev. Če noben kandidat ne dobi ustrezne večine, se naslednji dan izpelje drugi krog volitev, pri čemer se pred glasovanjem v drugem krogu predlagajo novi kandidati. Če noben kandidat ne dobi dvotretjinske podpore, se še isti dan izpelje tretji krog volitev med kandidatoma, ki sta dobila največ glasov v drugem krogu. Zakon posebej ureja situacijo, če si dva kandidata zaradi enakega števila prejetih glasov v drugem krogu glasovanja delita drugo mesto; tedaj se v tretji krog uvrsti starejši kandidat izmed njiju ter kandidat, ki je zasedel prvo mesto. Če je v drugem krogu sodeloval zgolj en kandidat, ki ni dobil ustrezne večine, se v tretjem krogu volitev glasuje zgolj o njem. Izvoljen je kandidat, za katerega sta glasovali najmanj dve tretjini poslancev. Če tudi v tretjem krogu volitev predsednik republike ni izvoljen, skliče predsednik parlamenta v roku enega meseca volilno zborovanje.

2.2.2 Volitve estonskega predsednika republike s strani volilnega telesa

Če parlament ni uspel izvoliti predsednika republike, ga voli posebno volilno telo, ki ga sestavljajo poslanci in zastopniki samoupravnih lokalnih skupnosti. Dan po tretjem krogu volitev v parlamentu državna volilna komisija pošlje lokalnim skupnostim obvestilo o številu predstavnikov, ki jih bodo zastopali v volilnem telesu. Predstavniško telo vsake samoupravne lokalne skupnosti izvoli najmanj enega zastopnika. Točno število predstavnikov je odvisno od števila državljanov, ki živijo na območju posamezne lokalne skupnosti in so vpisani v volilni imenik; pri tem se upošteva stanje na prvi dan tistega leta, ko bodo izvedene predsedniške volitve.

Volilno telo je na volitvah leta 1996 štelo skupaj 374 članov (273 predstavnikov lokalnih skupnosti), leta 2001 ga je sestavljalo 367 članov (od

Beitrittsländer im Vergleich, *Das Parlament – Aus Politik und Zeitgeschichte* (2004), 5–15.

tega 266 predstavnikov lokalnih skupnosti), leta 2006 pa je imelo volilno telo 246 predstavnikov lokalnih skupnosti in 101 poslanca, skupaj 347 članov.¹¹

Zakon v zvezi s predstavniki lokalnih skupnosti, ki bodo člani volilnega telesa, določa, da morajo biti državljani Estonije in člani lokalnega sveta, hkrati pa ne smejo biti poslanci parlamenta. Lokalni sveti morajo izvoliti svoje predstavnike, ki jih bodo zastopali v volilnem telesu najkasneje 7 dni pred dnevom glasovanja o kandidatih za predsednika republike.

Parlament predstavi na volilnem zborovanju tista predsedniška kandidata, ki sta se udeležila tretjega kroga glasovanja v parlamentu. Nove kandidate pa lahko predlaga tudi najmanj 21 članov volilnega telesa, pri čemer lahko posamezen član podpre samo enega kandidata. Za predsednika republike je izvoljen kandidat, ki je dobil večino oddanih glasov. Če v prvem glasovanju v volilnem telesu noben kandidat ne dobi potrebne večine, se še isti dan izvede drugo glasovanje v volilnem telesu med kandidatom, ki sta dobila največ glasov; izvoljen pa je kandidat, ki dobi večino oddanih glasov. Kadar si dva kandidata zaradi enakega števila prejetih glasov v prvem krogu glasovanja v volilnem telesu delita drugo mesto, se v drugi krog uvrsti starejši kandidat izmed njiju ter kandidat, ki je zasedel prvo mesto. Če pa je v prvem krogu sodeloval zgolj en kandidat in ni dobil ustrezne večine, se v drugem krogu glasovanja v volilnem telesu glasuje zgolj o njem.

Na predsedniških volitvah leta 1996 tudi po treh krogih volitev v parlamentu noben kandidat ni dosegel zahtevane večine; več kot polovico glasov članov volilnega telesa, ki so glasovali, je uspel zbrati kandidat šele v drugem krogu glasovanja v volilnem telesu. Do podobne situacije je prišlo tudi na volitvah leta 2001¹² ter nato leta 2006, kjer v prvih treh krogih v parlamentu noben kandidat ni dobil podpore dveh tretjin vseh poslancev – predsednik republike pa je bil

izvoljen s strani posebnega volilnega telesa šele v drugem glasovanju.

Pasivno volilno pravico na predsedniških volitvah ima samo oseba, ki je državljan Estonije od rojstva in je dopolnila 40 let.

Glede rokov pri predsedniških volitvah ustava določa, da se redne volitve izvedejo najprej 60 dni in najkasneje 10 dni pred koncem mandata predsednika republike. Kadar parlament tudi v tretjem krogu ne izvoli predsednika, se v roku enega meseca izvedejo volitve v volilnem telesu. V primeru, da tudi volilno telo ne izvoli nobenega kandidata, se v 14 dneh izpeljejo nove volitve predsednika republike.

2.3 Pristojnosti estonskega predsednika republike

Na zakonodajnem področju je predsednik pristojen razglasiti zakone, pri čemer ima pravico do suspenzivnega oz. odložilnega veta. Tako lahko sprejeti zakon v roku 14 dni vrne v ponovno odločanje parlamentu, da ta o njem še enkrat odloča. Gre za pravico predsednika republike, ki jo lahko uporabi, kadar meni, da obstajajo razlogi in argumenti, zaradi katerih je potrebno, da parlament posamezen zakon še enkrat pretehta.¹³ Če parlament ponovno sprejme nespremenjeno besedilo zakona, lahko predsednik republike predlaga vrhovnemu sodišču¹⁴, da presodi, ali je zakon v skladu z ustavo (ustavni veto) ali pa ga razglasi. Z drugimi besedami, estonski predsednik ima pravico do ustavnega veta, vendar mora najprej izkoristiti možnost zakonodajnega veta. Če sodišče ugotovi, da zakon ni v neskladju z ustavo, ga predsednik republike mora razglasiti. Ustava posebej določa, da predsednik republike nima pravice veta pri zakonu, ki ga potrdi ljudstvo na

11 Podatki objavljeni v Press and Information Department, Ministry of Foreign Affairs, Estonia Today – Presidential elections, web-static.vm.ee/static/fai-lid/422/Presidential_elections_2006.pdf (4.11.2008).

12 Več o predsedniških volitvah 2001 glej Constitution Watch – Estonia, *East European Constitutional Review* 4/2001.

13 Pravica do suspenzivnega ali izjemoma absolutnega veta je nedvomno najučinkovitejše sredstvo za uveljavitev predsednikovega vpliva na vsebino zakona, ki ga je sprejel parlament, Igor Kaučič, Funkcije predsednika republike in državni zbor, 1. strokovno srečanje pravnikov s področja javnega prava (1995), 257-272.

14 Supreme Court je kot najvišja sodna instanca, pristojen tudi za ustavnosodno presojo. O estonskem vrhovnem sodišču podrobneje Merle Heitur, Reelika Haljasmäe, Tanel Kask, Marelle Leppik (ur.), *The Supreme Court of Estonia*, Tartu, Elmatar Publishing House, 2004.

referendumu; tak zakon je dolžan nemudoma razglasiti.¹⁵

Estonska ustava predsedniku republike glede zakonodajne iniciative priznava samo pravico predlagati ustavne amandmaje, pri čemer velja, da spremembe ustave niso dovoljene med izrednim ali vojnim stanjem. Čeprav predsednik nima pravice predlagati zakonov, lahko svoj vpliv pri sprejemanju zakonov izkaže tudi posredno, kadar na zahtevo parlamenta izreče svoje mnenje o posameznem vprašanju.

Predsednik republike razpiše volitve v parlament ter skliče njegovo prvo sejo. Kadar ni mogoče oblikovati vlade, predsednik republike parlament tudi razpusti in razpiše volitve. Prav tako lahko razpusti parlament na predlog predsednika vlade v primeru izglasovane nezaupnice vladi oz. predsedniku vlade. Slednji razlog za razpustitev parlamenta se od ostalih razlikuje, saj se predsednik republike v tem primeru samostojno odloči, ali razpustiti parlament ali ne, v ostalih situacijah pa razpust parlamenta ni zgolj predsednikova pravica, temveč tudi dolžnost, kadar nastopijo v ustavi določene okoliščine. Nadalje predsednik republike razpusti parlament in razpiše volitve, kadar volivci na zakonodajnem referendumu, razpisanem s strani parlamenta, ne potrdijo zakona.¹⁶ Enako velja tudi, kadar parlament pravočasno ne sprejme proračuna, tj. v roku dveh mesecev od začetka proračunskega leta.

Med pomembne izvršilne pristojnosti, ki jih ima predsednik republike, sodijo njegova mandatarska pooblastila. V estonski ustavi ureditvi predsednik republike imenuje kandidata za predsednika vlade. Če kandidat dobi zaupnico v parlamentu, sestavi vlado in jo v roku 7 dni predstavi predsedniku republike, da ta imenuje njene članke. Predsednik republike na predlog predsednika vlade posamezne ministre tudi razreši. V primeru,

da predsednikov kandidat ni bil potrjen v parlamentu, ali ni uspešno sestavil vlade, lahko v roku 7 dni imenuje drugega kandidata. Če predsednik v tem roku ne imenuje nobenega kandidata, ali če tudi ta drugi, s strani predsednika predlagani kandidat ni uspel, dobi pravico predlagati kandidata za predsednika vlade parlament, ki mora v roku 14 dni (od dneva, ko je prešla pravica predlagati kandidata nanj) sestaviti vlado in jo predstaviti predsedniku republike. V primeru ponovnega neuspeha predsednik republike razpusti parlament in razpiše nove volitve.¹⁷

Estonska ustava ne predpisuje protipodpisa na akte predsednika republike, s katerim sicer predsednik vlade ali posamezni minister prevzame politično odgovornost za odločitve.¹⁸

3 PREDSEDNIK REPUBLIKE LATVIJE

3.1 Položaj latvijskega predsednika republike

Skladno z ustavo¹⁹ je v Latviji uveden parlamentarni sistem, ki temelji na načelu delitve oblasti.²⁰ Predsednik republike je izvoljen posredno s

15 Več o zakonodajnem in ustavnem vetu Wolfgang Ismayr, *Die politischen Systeme Osteuropas im Vergleich*, v Ismayr (ur.), *Die politischen Systeme Osteuropas*, Wiesbaden, Vs Verlag, 2006, 23.

16 O referendumskem odločanju v slovenski ustavi ureditvi Andraž Teršek, O zlorabi referenduma, s primerom »votlosti« referendumskega odločanja, *Revus* (2005) 4, 75-82. Glej še Andraž Teršek, Z referendumom nad demokratičnost in legitimnost, *Pravna praksa* 7/2004, 37 ter Andraž Teršek, O referendumu: še vedno premalo pravne kulture, *Pravna praksa* 18/2001, 11.

17 O tem tudi Mikko Lagerspetz, Konrad Maier, Das politische System Estlands, v Ismayr (ur.), *Die politischen Systeme Osteuropas*, Wiesbaden, Vs Verlag, 2006, 75.

18 O protipodpisu tudi Saša Zagorc, *Institut protipodpisa aktov šefa države*, magistrska naloga, Ljubljana, Pravna fakulteta, 2004, 36.

19 Ustava Republike Latvije (Satversme) z dne 15. februar 1922 in naknadnimi spremembami, v izvirnem besedilu dostopna na www.saeima.lv/Informacija/satversme.html (19.12.2009), v angleškem jeziku dostopna na www.saeima.lv/Likumdosana_eng/likumdosana_satversme.html (19.12.2009). Po osamosvojitvi od Sovjetske zveze je Latvija uporabila ustavo iz leta 1922, ki so jo nato obširno spremenili.

20 O latvijski ustavi ureditvi Jana Laasch, Staat und Regierung in Lettland, www.europa-digital.de/laender/let/staat/ (18.2.2008). Glej še Detlef Henning, Lettland, v Weidenfeld (ur.), *Europa Handbuch, Band 2: Die Staatenwelt Europas*, Gütersloh, Verlag Bertelsmann Stiftung, 2004, 212-221 in Thomas Schmidt, *Die Aussenpolitik der baltischen Staaten*, Wiesbaden, VS Verlag, 2003, 85. O položaju, volitvah in pristojnostih predsednika republike Latvije glej 3. poglavje (35.–54. člen) Ustave Republike Latvije. Predsedniške volitve podrobneje ureja poslovnik parlamenta.

strani parlamenta za dobo štirih let,²¹ pri čemer velja, da ista oseba ne more opravljati funkcije predsednika republike neprekinjeno več kot 8 let.²² Po ustavi predsedniška funkcija ni združljiva z nobeno drugo funkcijo. V primeru, da je za predsednika izvoljen poslanec, mora s poslanskega mesta odstopiti.

Funkcija predsedniku preneha ob izteku njegovega mandata, v primeru odstopa, smrti ali odpoklica. O slednjem odloča parlament na predlog najmanj polovice vseh poslancev. Predsednik je odpoklican, če za to glasujeta dve tretjini poslancev. Po tej odločitvi parlament izvoli novega predsednika republike. Glede predsednikove odgovornosti še velja, da je kazenski postopek zoper njega mogoče sprožiti le s privolitvijo dveh tretjin poslancev.

3.2 Volitve latvijskega predsednika republike

Predsednika republike voli parlament (latvijski parlament *Saeima* je enodomen in šteje 100 poslancev) s tajnim glasovanjem. Kandidata za predsednika republike lahko predlaga vsak poslanec, pri čemer se zahteva soglasje kandidata. V praksi kandidate predlagajo le politične stranke.²³ Za predsednika je izvoljen kandidat, za katerega glasuje najmanj 51 poslancev. V primeru, da v prvem krogu volitev noben kandidat ne dobi ustrezne večine, se izvede drugi krog volitev. Če tudi v drugem krogu noben kandidat ne dobi absolutne večine vseh poslancev, se izloči kandidat, ki je dobil najmanj glasov (*run-off elections*). Takšen način izločanja se ponavlja, dokler ne pride do izvolitve kandidata, oziroma do zadnjega kroga volitev, kjer se glasuje samo še o enem kandidatu. V primeru, da le-ta ne dobi najmanj 51 glasov, se izvedejo nove volitve. Na teh je možno predlagati tudi kandidate, ki so bili predlagani že na prejšnjih volitvah.

Na prvih predsedniških volitvah leta 1993 je bil predsednik izvoljen šele v tretjem krogu.

Na naslednjih volitvah leta 1996 pa je dotedanji predsednik zmagal že v prvem krogu. Leta 1999 je bilo izvedenih pet krogov, sledil pa je odstop zadnjega kandidata, kar je imelo za posledico nove volite in nove kandidature. Do izvolitve predsednika republike je nato prišlo v drugem krogu volitev.²⁴ Na volitvah leta 2003 je bila edina kandidatka dotedanja predsednica, ki je zmagala v prvem krogu z 88 glasovi (od 96 prisotnih je šest poslancev glasovalo proti, dve glasovnici pa sta bili neveljavni).²⁵ Leta 2007 je predsednik republike postal kandidat, ki je dobil 58 glasov in sicer v prvem krogu.²⁶

Pasivno volilno pravico na predsedniških volitvah ima le državljan Latvije, ki je dopolnil 40 let in nima dvojnega državljanstva.

3.3 Pristojnosti latvijskega predsednika republike

Na zakonodajnem področju je predsednik republike pristojen razglasiti zakone, ki jih je sprejel parlament. Zakon mora razglasiti najprej 10 dni in najkasneje 21 dni po njegovem sprejemu. V roku 10 dni po sprejetju zakona lahko od predsednika parlamenta zahteva, da se o zakonu odloča še enkrat. V primeru, da parlament nespremenjeno besedilo zakona ponovno potrdi, predsednik republike nima več pravice veta. Kadar parlament z dvotretjinsko večino poslancev odloči, da gre za sprejem »nujnega« zakona, predsednik republike ne more vložiti veta. O takem zakonu tudi ni mogoče razpisati referendumu, temveč se ga mora razglasiti v roku treh dni. Po zakonu o ustavnem sodišču ima predsednik republike pravico tudi do ustavnega veta, vendar se v praksi latvijski predsedniki bolj poslužujejo zakonodajnega kot pa ustavnega veta.

Poudariti velja, da ima predsednik republike možnost odložiti razglasitev zakona za dva meseca. V primeru, da to zahteva ena tretjina po-

21 Pred spremembo ustave leta 1997 (Likumu Nr. 331/332, z dne 17.12.) je bil mandat predsednika republike 3 leta (prim. 35. člen ustave).

22 Predsednik Republike Latvije je Valdis Zatlers, izvoljen leta 2007.

23 Glej Thomas Schmidt, Das politische System Lettlands, v Ismayr (ur.), *Die politischen Systeme Osteuropas*, Wiesbaden, Vs Verlag, 2006, 119.

24 Glej Thomas Schmidt, Das politische System Lettlands, v Ismayr (ur.), *Die politischen Systeme Osteuropas*, Wiesbaden, Vs Verlag, 2006, 120.

25 Glej, IFES Election guide, Election profile for Latvia, www.electionguide.org/election.php?ID=365, (2.2.2009).

26 Več o tem, Regnum News Agency, Latvian parliament elects doctor, not "spotted" by ties with Communist Party, as president, www.regnum.ru/english/836293.html (2.2.2009).

slancev, pa je celo dolžan počakati z razglasitvijo zakona. Predsednik republike oziroma poslanci svojo odločitev naznanijo parlamentu v roku 10 dni po sprejetju zakona. Kadar to zahteva najmanj desetina volivcev, se o takšnem zakonu mora razpisati referendum. Če v roku dveh mesecev volivci ne zahtevajo razpisa referenduma, se zakon razglasi. Do referenduma pa prav tako ne pride, če v parlamentu za zakon ponovno glasujejo tri četrtine vseh poslancev.

Predsednik republike ima pravico predlagati zakone. V povprečju predsednik predlaga en zakon letno.²⁷ Ustava še določa, da lahko najmanj desetina volivcev predsedniku posreduje predlog za spremembo ustave, ki ga nato ta poda parlamentu.²⁸ V primeru, da parlament tak predlog odkloni, se o tem glasuje na referendumu.

Po ustavi ima predsednik republike pravico zahtevati sklic izredne seje parlamenta.²⁹ Lahko predlaga tudi njegovo razpustitev, čemur sledi referendum. Njegova odločitev je sprejeta, če je zanjo glasovala večina volivcev, ki so glasovali. Temu sledijo nove parlamentarne volitve, ki se izvedejo najkasneje dva meseca po razpustu parlamenta. V vmesnem času seje parlamenta sklicuje predsednik republike, ki določa tudi dnevni red. Če je bila na referendumu večina udeležencev proti razpustitvi parlamenta, se predsednik republike šteje za razrešenega – poslanci tako za preostanek njegove mandatne dobe izvolijo novega predsednika republike.

Glede pristojnosti na izvršilnem področju velja, da predsednik republike imenuje predsednika vlade, ki nato sestavo vlade skupaj z njenim programom predstavi parlamentu. Poslanci ji izglasujejo investiturno zaupnico z absolutno večino. Predsednik republike ima tudi pravico, da skliče in vodi izredno sejo vlade, pri čemer pa nima pravice glasovanja. Za večino odločitev predsednika republike je potreben protipodpis predsednika

vlade ali pristojnega ministra, s čimer ti prevzamejo politično odgovornost.³⁰

4 PREDSEDNIK REPUBLIKE LITVE

4.1 Položaj litvanskega predsednika republike

Na podlagi ustave³¹ je v Litvi uveden parlamentarni sistem³², ki temelji na načelu delitve oblasti.³³ Šef države je predsednik republike, ki predstavlja državo Litvo in izpolnjuje vse, kar mu nalagajo ustava in posamezni zakoni.³⁴

Predsednika izvolijo volivci na neposrednih volitvah³⁵ za dobo petih let, vendar največ dvakrat zaporedoma. Oseba, ki je bila izvoljena, mora do začetka nove volilne kampanje prenehati delovati v političnih strankah in drugih organizacijah. Med svojim mandatom predsednik ne sme biti poslanec ali opravljati druge javne funkcije,

27 Glej Thomas Schmidt, Das politische System Lettlands, v Ismayr (ur.), *Die politischen Systeme Osteuropas*, Wiesbaden, VS Verlag, 2006, 131.

28 Na enak način volivci uresničujejo svojo zakonodajno iniciativo (glej 78. člen ustave).

29 Seje parlamenta so praviloma javne, na zahtevo predsednika republike (ali desetih poslancev, predsednika vlade oz. posameznega ministra) pa se lahko javnost izključi, če za to glasujeta dve tretjini prisotnih poslancev (22. člen ustave).

30 Ustava protipodpisa ne predpisuje pri imenovanju kandidata za predsednika vlade ter pri odločitvi predsednika republike, da poda predlog za razpustitev parlamenta.

31 Ustava Republike Litve (Konstitucija) z dne 22. oktobra 1992 in naknadnimi spremembami, v izvirnem besedilu dostopna na www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Konstitucija.htm (19.12.2009), v angleškem jeziku dostopna na www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Constitution.htm (19.12.2009).

32 Na referendumu leta 1992 so se volivci odločili proti predsedniškemu sistemu, več o tem Thomas Schmidt, *Die Aussenpolitik der baltischen Staaten*, Wiesbaden, VS Verlag, 2003, 80.

33 O litvanski ustavni ureditvi širše Jana Laasch, *Statat und Regierung in Litauen*, www.europa-digital.de/laender/lit/staat/ (18.2.2008). Glej še Joachim Tauber, Litauen, v Weidenfeld (ur.), *Europa Handbuch, Band 2: Die Staatenwelt Europas*, Gütersloh, Verlag Bertelsmann Stiftung, 2004, 221–231 ter Andre Brodacz, Hans Vorländer, Litauen: *Verfassung*, www.bpb.de/themen/MMKASH,0,0,Verfassung.html (5.2.2008). O položaju, volitvah in pristojnostih predsednika republike Litve glej 6. poglavje (77.–90. člen) Ustave Republike Litve. Predsedniške volitve podrobneje ureja zakon o volitvah predsednika republike.

34 Predsednica Republike Litve je Dalia Grybauskaitė, izvoljena leta 2009 v prvem krogu.

35 O vplivu medijev v procesu volitev glej Andraž Teršek, Sociološka analiza vloge medijev v procesu volitev – od transformacije do machoizma, *Javna uprava* 4/2004, 605–633.

prejema pa lahko zgolj plačo predsednika republike.

Ustava določa, da funkcija predsednika republike preneha ob izteku njegovega mandata, v primeru predčasnih volitev predsednika republike ter v primeru smrti ali odstopa. Funkcija mu preneha tudi, kadar je ne more opravljati zaradi zdravstvenega stanja, in sicer če tako odločijo tri petine vseh poslancev, upoštevajoč mnenje ustavnega sodišča. Kadar pride do predčasnega prenehanja predsednikove funkcije, mora parlament v roku desetih dni razpisati nove predsedniške volitve, ki se izvedejo najkasneje v dveh mesecih.

Litvanska ustava predsedniku republike priznava imuniteto. Tako se zoper predsednika ne sme začeti sodni postopek, med opravljanjem svoje funkcije predsednik tudi ne sme biti priprt oz. pridržan. Če predsednik republike grobo krši ustavo, krši dano prisego ali stori kaznivo dejanje, lahko parlament odloča o njegovi razrešitvi. Odločitev, da predsedniku preneha funkcija, sprejme parlament s tripetinsko večino glasov vseh poslancev. Nekdanjega predsednika republike Rolandas Paksas (izvoljenega februarja 2003) je parlament razrešil aprila 2004 zaradi grobe kršitve ustave in kršitve zaprisege. Poslanci so mu očitali protizakonito podelitev državljanstva, izdajanje državnih skrivnosti ter zlorabo položaja. Pri prvi in drugi točki je za odstavitev glasovalo 86, pri tretji pa 89 poslancev. Gre za prvi primer *impeachmenta* v Evropi, ki je imel za posledico prenehanje funkcije predsednika republike.³⁶

4.2 Volitve litvanskega predsednika republike

Predsednik republike Litve je izvoljen na neposrednih, splošnih, enakih in tajnih volitvah. Predsedniške volitve razpiše parlament (litvanski parlament *Seimas* je enodomen in šteje 141 poslancev). Kandidate za predsednika republike lahko ob podpori 20.000 volivcev predlagajo posamezniki ter politične stranke in organizacije.

Zbrane podpise je potrebno Državni volilni komisiji predložiti najmanj 45 dni pred volitvami. Ustava izrecno določa, da število kandidatov, ki kandidirajo na predsedniških volitvah, ni omejeno.

Za predsednika je na volitvah, ki se jih je udeležila najmanj polovica volilnih upravičencev, izvoljen kandidat, ki je dobil več kot polovico oddanih glasov. Če je bila volilna udeležba manjša, je izvoljen kandidat, ki je dobil več glasov, vendar ne manj kot tretjino oddanih glasov. Če v prvem krogu ni izvoljen noben kandidat, se po dveh tednih glasovanje ponovi med kandidatoma, ki sta dobila največ glasov; izvoljen pa je kandidat, ki je dobil več glasov.

Do danes je bila volilna udeležba v prvem krogu pod 50 odstotkov le leta 2004, vendar je zmagovalec prvega kroga na teh volitvah dosegel le 31,1 odstotkov glasov, zato je bil potreben tudi drugi krog volitev.³⁷

Pasivno volilno pravico na predsedniških volitvah ima le državljani Litve, ki je dopolnil 40 let in je zadnja 3 leta živel v državi ter je lahko izvoljen za poslanca. Pri tem velja, da je za poslanca lahko izvoljen vsak državljani Litve, ki je dopolnil 25 let, živi v Litvi in ni z obljubo ali zaprisego povezan z drugo državo. Za poslanca ne more biti izvoljena oseba, ki je opravilno nesposobna.

Glede volitev ustava še določa, da se le-te izvedejo dva meseca pred začetkom nove mandatne dobe predsednika in sicer zadnjo nedeljo pred nastopom tega dvomesečnega obdobja.

4.3 Pristojnosti litvanskega predsednika republike

Na zakonodajnem področju je predsednik republike pristojen razglasiti zakone, ki jih je sprejel parlament. V roku desetih dni po sprejemu zakona lahko od parlamenta zahteva, da ta o zakonu še enkrat odloča. V primeru, ko predsednik republike zakona ne podpiše in tudi ne sprejme odločilnega veta, ga podpiše in razglasi predsednik parlamenta. Poslanci lahko nespremenjeno besedilo zakona ponovno potrdijo, če zanj glasuje več kot polovica vseh poslancev. Takšen zakon

36 Tako Arnas Lazdauskas, The Head of State is Impeached, http://www.liv.lt/archive_vid.php?shid=1083912738&id=1083912034 (15.2.2008). O tem tudi Susanne Jungerstam-Mulders, *Post-Communist EU Member States: Parties And Party Systems*, Hampshire, Ashgate Publishing, 2006, 74.

37 Glej Centre for the Study of Public Policy, University of Aberdeen, Baltic Voices http://www.balticvoices.org/lithuania/lithuanian_elections.php (3.2.2008) ter Richard Rose, Neil Munro *Elections and Parties in New European Democracies*, Washington, D.C., CQ Press, 2003.

mora predsednik republike razglasiti v roku treh dni. Litvanski predsednik ima tudi zakonodajno iniciativo.

Predsednik republike tudi razpisuje volitve v parlament ter skliče njegovo prvo sejo. V določenih primerih lahko parlament tudi razpusti ter razpiše predčasne volitve. To pravico ima v primeru, da ni mogoče sestaviti vlade ali če je bila vlada izglasovana nezapunica (slednje zgolj na predlog vlade). Ustava izrecno predpisuje, da predsednik republike ne more razpisati predčasnih parlamentarnih volitev v zadnjih šestih mesecih svojega mandata. Kadar razpiše predčasne volitve, lahko novoizvoljeni parlament s tripetinsko večino vseh poslancev (v roku 30 dni od prvega zasedanja) razpiše predčasne volitve predsednika republike. Na takšnih volitvah ponovno izvoljeni predsednik republike se šteje za drugič izvoljenega, če so do predčasnih volitev pretekla že več kot 3 leta njegovega mandata, v nasprotnem primeru pa se ga izvoli le za preostanek mandata, kar se ne šteje za drugo izvolitev. Kadar pride do predčasnih volitev pri že drugič izvoljenemu predsedniku, je lahko isti predsednik ponovno izvoljen le še do poteka svojega mandata.

Glede pristojnosti na izvršilnem področju velja, da predsednik republike ob privolitvi parlamenta imenuje in razrešuje predsednika vlade. Na predlog slednjega imenuje in razrešuje posamezne ministre. Vlada mora potem, ko izdela program, le-tega predložiti v potrditev parlamentu in si pridobiti zaupnico. Prav tako predsednik republike sprejme odstop vlade ali posameznega ministra ter jima naloži, da še naprej opravljata svojo funkcijo, vse do nastopa nove vlade oziroma posameznega ministra.³⁸ Za določene predsednikove odločitve je potreben protipodpis predsednika vlade ali pristojnega ministra, s čimer ta prevzema tudi odgovornost.³⁹

38 Glej Joachim Tauber, Das politische System Litauens, v Ismayr (ur.), *Die politischen Systeme Osteuropas*, Wiesbaden, Vs Verlag, 2006, 164. O pristojnostih na izvršilnem področju glej tudi 92. člen ustave.

39 Po ustavi je protipodpis potreben v naslednjih primerih: pri imenovanju in odpoklicu diplomatskih predstavnikov republike, pri podeljevanju najvišjih činov ter pri podelitvi državljanstva. Protipodpis je potreben tudi, kadar predsednik republike razglasi izredno stanje (takšna odločitev se mora predložiti parlamentu, ko se ta sestane).

5 PRIMERJALNOPRAVNI PRIKAZ

Mandatna doba predsednika republike je (z izjemo Latvije) v preostalih dveh baltičkih državah pet let. V Latviji⁴⁰ je predsednik izvoljen za dobo štirih let, pred spremembo ustave (1997 leta) je bil njegov mandat celo krajši, in sicer tri leta. V vseh treh obravnavanih državah je isto osebo za predsednika republike možno izvoliti zaporedoma največ dvakrat, kar pomeni, da je lahko kasneje »po prekinitvi« ponovno izvoljena.

Glede volitev predsednika republike velja, da prevladujejo posredne volitve s strani parlamenta (Estonija⁴¹, Latvija⁴²). Svojevrstno ureditev neposrednih volitev pa poznajo v Litvi, kjer je v prvem krogu za predsednika republike izvoljen tisti kandidat, ki je dobil absolutno večino glasov, če se je volitev udeležila najmanj polovica volilnih upravičencev. Če je bila volilna udeležba manjša, je izvoljen kandidat, ki je dobil več glasov, vendar ne manj kot tretjino vseh glasov (v morebitnem drugem krogu se glasuje med kandidatom, ki sta dobila največ glasov, izvoljen pa je kandidat, ki je dobil več glasov).⁴³ Obe državi, kjer predsednika voli parlament, za njegovo izvolitev predpisujeta različno večino. Tako je v Latviji potrebna absolutna večina⁴⁴ (izvoljen je kandidat, za katerega glasuje najmanj 51 poslancev od stočlanskega parlamenta), dvotretjinska večina glasov vseh poslancev pa se zahteva v Estoniji. Podrobneje velja predstaviti estonske predsedniške volitve, saj poznajo tudi do pet krogov volitev. V prvih treh krogih predsednika republike voli parlament. V primeru, da noben kandidat ne dobi ustrezne večine glasov, se oblikuje posebno volilno telo (sestavljajo ga poslanci parlamenta in zastopniki samoupravnih lokalnih skupnosti), ki voli predsednika republike v četrtem in po potrebi tudi petem krogu volitev.⁴⁵ Glede volitev je svojevrstna tudi Latvija, kjer je – kot je že navedeno – izvoljen kandidat, za katerega glasuje najmanj 51 poslancev. Če v prvem krogu volitev noben kandidat ne dobi ustrezne večine, se iz-

40 35. člen Ustave Republike Latvije.

41 79. člen Ustave Republike Estonije.

42 35. člen Ustave Republike Latvije.

43 81. člen Ustave Republike Litve.

44 36. člen Ustave Republike Latvije.

45 79. člen Ustave Republike Estonije.

vede drugi krog volitev. Če tudi v drugem krogu noben kandidat ne dobi absolutne večine vseh poslancev, se izloči kandidat, ki je dobil najmanj glasov. Takšen način izločanja se ponavlja, dokler ne pride do izvolitve kandidata, oziroma do zadnjega kroga volitev, kjer se glasuje samo še o enem kandidatu. V primeru, da ta ne dobi manj 51 glasov, se izvedejo nove volitve.⁴⁶

V zvezi s pridobitvijo pasivne volilne pravice v zgoraj obravnavanih državah velja izpostaviti naslednje ugotovitve: v vseh treh državah je predpisana spodnja starostna meja 40 let, poleg tega pa so določeni tudi naslednji pogoji: da je kandidat zadnje obdobje živel v državi (Litva⁴⁷), da nima dvojnega državljanstva (Latvija⁴⁸) in da mora biti državljan države, v kateri kandidira, že od rojstva (Estonija⁴⁹).

V okviru klasičnih funkcij ustave obravnavanih držav določajo, da predsednik republike kot predstavnik države predstavlja državo doma in v tujini, postavlja in odpoklicuje diplomatske predstavnike ter sprejema poverilna pisma tujih diplomatskih predstavnikov. Prav tako predsednik republike odloča o pomilostitvah ter podeljuje odlikovanja in častne naslove. V vseh treh državah ima predsednik republike tudi funkcijo vrhovnega poveljnika obrambnih sil.⁵⁰

Na področju predsednikovih zakonodajnih pristojnosti velja, da predsednik republike razglašata zakone, pri čemer ima pravico do suspenzivnega oz. odločilnega veta. Tako lahko od parlamenta zahteva, da ta o zakonu še enkrat odloča. V primeru odločilnega veta mora v parlamentu za ponovni sprejem zakona glasovati strožja večina poslancev. Kadar parlament zakon ponovno potrdi, predsednik republike nima več pravice veta. Latvajska ustava⁵¹ pa določa izjemo, ko predsednik republike nima pravice veta in sicer

kadar parlament z dvotretjinsko večino poslancev odloči, da gre za sprejem »nujnega zakona«. V Estoniji⁵² ter Latviji lahko pred razglasitvijo zakona predsednik republike pozove še ustavno sodišče, da se izreče o skladnosti zakona z ustavo (t.i. ustavni veto).⁵³ Glede slednjega je v Estoniji določeno, da mora predsednik republike najprej izkoristiti možnost zakonodajnega veta. Latvijska ureditev⁵⁴ omogoča predsedniku republike še odložitev razglasitve zakona za dva meseca (če to zahteva tretjina poslancev, je celo dolžan počakati z razglasitvijo); v tem času lahko najmanj desetina volivcev zahteva razpis referendum. Če volivci referendum ne zahtevajo, ali če v parlamentu za zakon ponovno glasuje tri četrtine vseh poslancev, se takšen zakon razglaši. Na tem mestu velja izpostaviti tudi ustavne določbe v zvezi z zakonodajno iniciativo. Tako lahko predsednika Litve in Latvije parlamentu predlagata zakone, estonski predsednik pa parlamentu predlaga zgolj amandmaje k ustavi.

Pri obravnavanih pristojnostih predsednika republike na izvršilnem področju so med najpomembnejšimi njegova mandatarska pooblastila. Gre za pristojnosti, ki jih ima v zvezi z imenovanjem kandidata za predsednika vlade. V baltičkih državah predsednik republike imenuje predsednika vlade, ki mora nato (sam ali z že oblikovano vlado) po zaupnico še v parlament.⁵⁵ Za primerjavo – v naši ureditvi ima predsednik republike pravico, da po posvetovanju z vodji poslanskih skupin državnemu zboru predloži v izvolitev kandidata za predsednika vlade. Na predlog slednjega nato državni zbor imenuje in razrešuje

46 26. člen latvijskega poslovnika parlamenta.

47 78. člen Ustave Republike Litve.

48 37. člen Ustave Republike Latvije.

49 79. člen Ustave Republike Estonije.

50 Npr. v nemški ustavi ureditvi zvezni predsednik nima nobenih pooblastil nad oboroženimi silami. Funkcijo poveljevanja ima v mirnem času minister za obrambo, v primeru napada pa zvezni kancler. Glej Franc Grad, Ivan Kristan, Anton Perenič, *Primerjalno ustavno pravo*, Ljubljana, Scripta, 2006, 156.

51 75. člen Ustave Republike Latvije.

52 78. člen Ustave Republike Estonije.

53 Ribičič meni, da bi veljalo okrepiti tudi funkcijo našega predsednika republike tako, da bi dobil t.i. ustavni veto (povzet iz madžarske ustavne ureditve), Ciril Ribičič, Šef države ali šef protokola, *Pravna praksa* 19/2002, 4-5. Tudi Teršek se zavzema za neposredno povezavo med institutom predsednika republike in varstvom ustavnosti. Meni, da bi predsednik moral imeti pravico umakniti podpis zakona z argumentom protiustavnosti in na ustavno sodišče nasloviti zahtevo po ustavnosodni presoji zakona. Glej Andraž Teršek, Predsednik in ustava – ponižanje in razžaljenje!?, *Pravna praksa* 8/2006, 31.

54 72. člen Ustave Republike Latvije.

55 89. člen Ustave Republike Estonije, 92. člen Ustave Republike Litve, 56. člen Ustave Republike Latvije.

tudi posamezne ministre.⁵⁶ Takšna ustavna ureditev imenovanja ministrov ni v skladu z naravo parlamentarnega sistema in tudi ne z ustavno določenim načelom delitve oblasti.⁵⁷

Glede instituta protipodpisa velja, da je za odločitve predsednika republike v Litvi in Latviji potreben protipodpis predsednika vlade ali posameznega ministra. S tem vlada za posamezno odločitev prevzame odgovornost, vendar pa protipodpis ne pomeni zgolj prevzema politične odgovornosti, temveč je tudi pogoj za veljavnost predsednikovih pravnih aktov. Protipodpis naj bi zagotavljal enotno vodenje države; z njim pa se tudi omeji moč predsednika republike, saj se že na tako šibke pristojnosti veže še dolžnost protipodpisa, kar jemlje šefu države samostojnost pri odločanju.⁵⁸ Instituta protipodpisa ne poznata slovenska in estonska ustava.

V večini obravnavanih ustavnih ureditev ne morejo odpoklicati predsednika republike ne parlament ne volivci. Izjema je Latvija, kjer je možen odpoklic predsednika republike zaradi njegove politične odgovornosti. V Latviji na predlog najmanj polovice poslancev o prenehanju funkcije predsedniku republike odloča parlament. Odločitev je sprejeta, če sta zanjo glasovali dve tretjini vseh poslancev.⁵⁹ Velja opozoriti na primer, ki sicer ni neposredno povezan s predsednikovo odgovornostjo, ko o njegovi usodi odločajo la-

tvjski volivci, če predsednik predlaga razpustitev parlamenta, čemur sledi referendum. Njegova odločitev je sprejeta, če je zanjo glasovala večina udeležencev; v nasprotnem primeru ko je večina volivcev, ki je glasovala na referendumu proti razpustitvi parlamenta, predsedniku republike funkcija preneha.⁶⁰ Podobno ureditev imajo tudi v Litvi⁶¹, kjer lahko na novo izvoljeni parlament, ki je posledica predčasnih parlamentarnih volitev, razpisanih s strani predsednika republike, s tripetinsko večino vseh poslancev razpiše predčasne volitve predsednika republike. Po slovenski ustavi ni ureditvi se predsednika republike lahko razreši samo na podlagi obtožbe zaradi kršitve ustave oz. hujše kršitve zakona pri opravljanju svoje funkcije. V takšnem primeru lahko državni zbor obtoži predsednika republike pred ustavnim sodiščem. Če je obtožba utemeljena, to odloča tudi o prenehanju njegove funkcije.⁶² V Estoniji predsedniku republike funkcija preneha, če je pravnomočno obsojen, pri čemer je kazenski pregon zoper predsednika mogoč le na predlog sodnega kanclerja ob podpori večine poslancev.⁶³ V Litvi odloča o razrešitvi predsednika republike parlament. Tako v primeru grobe kršitve ustave ali kršitve dane prisega na predlog 36 poslancev (od 141-ih) parlament odloča o prenehanju funkcije predsednika republike, odločitev je sprejeta, če je zanjo glasovalo tri petine poslancev.⁶⁴

6 ZAKLJUČEK

Glede na opravljeno analizo položaja, pristojnosti in volitev predsednika republike v baltičkih državah je razvidno, da so njegove pristojnosti predvsem reprezentativne narave, kar je tudi sicer značilno za parlamentarni sistem.⁶⁵ Tako

56 Tako državni zbor dejansko dvakrat odloča o vladi, kar slabi možnost mandatarja, da oblikuje kompetentno vlado in zanjo prevzame polno odgovornost. Pretirano poudarjanje volilne funkcije državnega zbora v naši ureditvi postavlja vlado v položaj, ki je v marsičem bližje položaju izvršilnega organa v skupščinskem sistemu, kar se kaže tudi v tem, da ministre imenuje in razrešuje državni zbor na predlog predsednika vlade, širše Franc Grad, Nekatere značilnosti razmerij med državnim zborom, državnim svetom, predsednikom republike in vlado, *Javna uprava* 4/1995, 457-476.

57 O tem Franc Grad, Predsednik vlade in ministri, *Podjetje in delo* 6/7/2002, 1260-1270. Glej še Franc Grad, *Parlament in vlada*, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2000.

58 Glej Saša Zagorc, *Institut protipodpisa aktov šefa države*, magistrska naloga, Ljubljana, Pravna fakulteta, 2004, 36 ter Miha Ribarič, *Pristojnosti predsednika republike*, v Šturm (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije*, Ljubljana, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, 2002, 838.

59 48., 49., 50. člen Ustave Republike Latvije.

60 50. in 51. člen Ustave Republike Latvije.

61 87. člen Ustave Republike Litve.

62 Glej 109. člen Ustave Republike Slovenije ter Janko Rupnik, Rafael Cijan, Božo Grafenauer, *Ustavno pravo Republike Slovenije – posebni del*, Maribor, Pravna fakulteta, 1996, 196.

63 Glej 82., 85., 139. člen Ustave Republike Estonije.

64 86. člen Ustave Republike Litve.

65 O pristojnostih, moči oziroma položaju predsednika republike v vzhodni Evropi glej Christian Lucky, A Comparative Chart of Presidential Powers in Eastern Europe, *East European Constitutional Review* 4/1993, 81-94. Glej še Timothy Frye, A Politics of

predsednik republike v okviru pristojnosti na zakonodajnem področju razglša zakone, pri čemer ima v vseh treh državah pravico do suspenzivnega veta (izjema je npr. Slovenija), ki pa se ga lahko tudi »zaobide«. V Estoniji in Latviji ustava poleg zakonodajnega veta predsedniku daje še možnost vložitve ustavnega veta. V obravnavanih državah ima predsednik republike tudi zakonodajno iniciativo, vendar je ta v praksi dokaj redko izkoriščena. Pri pristojnostih predsednika republike na izvršilnem področju so med najpomembnejšimi njegova mandatarska pooblastila, to so pristojnosti, ki jih ima v zvezi z imenovanjem kandidata za predsednika vlade. V baltičskih državah predsednik republike imenuje predsednika vlade, ki mora nato po t.i. investiturno zaupnico v parlament. V okviru pristojnosti na izvršilnem področju velja izpostaviti še institut protipodpisa, ki je v Litvi in Latviji potreben za posamezne odločitve predsednika republike. Če glede na zapisano primerjamo Slovenijo, ugotovimo, da je edina država, ki predsedniku republike v okviru zakonodajnega postopka ne priznava pravice do odločilnega oz. suspenzivnega veta.⁶⁶ V okviru pristojnosti na izvršilnem področju je naša ustava ureditev poleg estonske edina, ki ne predpisuje protipodpisa na akte predsednika republike. Še posebej pa velja izpostaviti minimalen vpliv slovenskega predsednika republike na sestavo

vlade, saj predsednik parlamentu zgolj predlaga v izvolitev kandidata za predsednika vlade. Nena zadnje Slovenija svojevrstno ureja tudi pogoje za pridobitev pasivne volilne pravice.⁶⁷ V vseh treh obravnavanih državah je sicer njena pridobitev omejena z višjim starostnim cenzusom, poleg tega pa so predpisani še drugi pogoji, kot je stalno prebivališče, državljanstvo (že od rojstva), itn. V Estoniji in Litvi ustavi določata, da je mandatna doba predsednika republike pet let. Izjema je Latvija, kjer traja mandat predsednika le štiri leta. Za vse države velja, da je isto osebo za predsednika republike možno izvoliti zaporedoma največ dvakrat. To pomeni, da je v obravnavanih ureditvah, tako kot v Sloveniji mogoče, da je isti predsednik republike ponovno izvoljen, če v vmesnem času opravlja funkcijo drug predsednik. Glede samih volitev velja, da je v Estoniji predsednik republike izvoljen posredno s strani parlamenta, ter v morebitnem četrtem in petem krogu tudi s sodelovanjem lokalnih skupnosti, ko predsednika voli posebno volilno telo.⁶⁸ Prav tako so posredne volitve s strani parlamenta določene še v latvijski ustavi. Neposredne volitve šefa države poznajo le v Litvi in sicer v dveh krogih. Na podlagi navedenega lahko zaključimo, da je v Estoniji in Latviji razvit tipičen parlamentarni sistem s posredno izvoljenim predsednikom republike. Močnejši položaj ima predsednik republike v Litvi, saj lahko v tamkajšnji ureditvi najdemo nekatere značilnosti parlamentarno-predsedniškega sistema, predvsem zaradi predsednikovih pristojnosti v razmerju do parlamenta in vlade ter zaradi pristojnosti, ki jih ima na področju zunanje politike. Močnejši položaj šefa države je tako tudi v skladu tamkajšnjimi neposrednimi volitvami, ki mu omogočajo večjo stopnjo legitimnosti. Če poleg uredi-

Institutional Choice: Post-Communist Presidencies, *Comparative Political Studies* 5/1997, 523-552 ter Alan Siaroff, Comparative presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction, *European Journal of Political Research* 3/2003, 287-312. O tem tudi Jurij Toplak, Tadej Dubrovnik, *Presidential powers in the Eastern European democracies: a comparative overview*, predavanje na konferenci »67th Annual National Conference, Midwest Political Science Association«, Chicago, 2009.

- 66 Slovenija je edina od vzhodnoevropskih držav članica EU, kjer predsednik republike nima suspenzivnega veta. Glej Tadej Dubrovnik, *Položaj šefa države v vzhodnoevropskih državah članicah EU*, diplomska naloga, Maribor, Pravna fakulteta, 2008 – delo primerja 10 ustav vzhodne Evrope. V prid neposredni povezavi med institutom predsednika republike in varstvom ustavnosti z »ustavnim vetom« govori več razlogov, tako Andraž Teršek, Demokracijo lahko slabi tudi pomanjkanje pristojnosti: kakovost demokracije je pogojena s porazdeljenostjo moči, *Mladina* 17/2007, 21-22.

- 67 O volitvah Predsednika Republike Slovenije Franc Grad, Igor Kaučič, Ciril Ribičič, Ivan Kristan, *Državna ureditev Slovenije*, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 1999, 297 ter Franc Grad, *Volitve in volilni sistem*, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2004, 170.

- 68 Izpostaviti še velja, da je Estonija edina država, kjer volitve na državni ravni potekajo po internetu, volivci pa lahko glasujejo od doma, glej Jurij Toplak, Alen Hodnik, Elektronsko glasovanje na volitvah – izkušnje in dileme izbranih držav = Electronic ballot in elections – experiences and dilemmas in the selected states, *Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru* 2/2006, 51-67.

tev obravnavanih držav primerjamo še slovensko, vidimo, da ima naš predsednik republike glede na restriktivno določene pristojnosti na izvršilnem in zakonodajnem področju najšibkejši položaj. Tako je posebnost naše ureditve, da na eni strani z neposrednimi volitvami krepi položaj predsednika, na drugi strani pa mu restriktivno določa pristojnosti. Zaključimo lahko, da je z načinom volitev praviloma povezan tudi obseg formalno določenih pristojnosti predsednika republike, kar pa ne moremo trditi za slovensko ureditev.

Predstavitev avtorja

Tadej Dubrovnik je asistent za ustavno pravo na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru. Je (so)avtor člankov ter monografij predvsem s področja ustavnega prava in primerjalno ustavnega prava. Je član Evropskega združenja za volilno pravo ter občasni mednarodni opazovalec volitev. Strokovno se ukvarja zlasti s položajem šefa države in volilnim pravom.

Xavier Aurey, Aurore Catherine, Anne-Sophie Denolle, Marie Rota, Antoine Siffert, Vincent Souty

Hronika francuske ustavne prakse

Januar 2009.–decembar 2009.

Kronika francoske ustavnosodne prakse. V letu 2009 je francoski ustavni svet z zelo pogostim izrekanjem t. i. razlagalnih pridržkov dopolnil svojo sodno prakso glede načel razumljivosti zakona pa iskrenosti in odprtosti parlamentarne razprave ter načela razdeljenih pristojnosti. Ob odločbah, ki se tičejo oblikovnih značilnosti, so bile pomembne tudi tiste, ki opredeljujejo vsebino ustavno varovanih pravic, med njimi načelo enakosti in boj proti kršenju avtorskih in sorodnih pravic na internetu. Francoska ustavnopravna kronika za leto 2009 je istočasno kot v *Revusu* izšla tudi v *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux* pri založbi Univerze v Caenu. Besedilo je iz francoskega izvirnika v bosanščino prevedla Asja Žujo.

Ključne besede: načelo razumljivosti zakona, načelo iskrenosti in jasnosti parlamentarne razprave, delitev oblasti, razlagalni pridržki, razlagalne odločbe, načelo enakosti, internet

Između marta i decembra 2009. g., Ustavno Vijeće je u svojim odlukama posvetilo znatnu pažnju ocjeni zakonâ koji omogućavaju primjenu ustavne reforme od 23. jula 2008. g. U tom okviru, Vijeće je također postavilo novi cilj od ustavne važnosti¹ – cilj nezavisnosti medija,² koji je direktno proizišao iz reforme iz 2008. g. i iz izmjene člana 34 Ustava, koji upućuje na »slobodu, pluralizam i nezavisnost medija«.³ Dalje, u odluci koja se tiče

značajnog »organskog« Zakona o prioritarnom pitanju ustavnosti, proizišlog iz novog člana 61-1 Ustava, Vijeće je po prvi put kvalifikovalo pravilan rad sudstva sa stanovišta ciljeva od ustavne važnosti.⁴

Još jednu novinu predstavlja činjenica da je, u Odluci br. 2009-579,⁵ Vijeće napravilo zaokret utoliko što je, pored zapažanja Vlade, razmatralo i zapažanja prezentirana od strane sedamdeset i devet poslanika, iako ih je u jednoj odluci iz 1992. g.⁶ proglasilo neprihvatljivim – preokret koji se, prema L. Janicotu, također može objasniti novom

1 O ciljevima od ustavne važnosti, gledaj našu prvu hroniku: Kronika francoskega ustavnega prava (januar 2007–marec 2008), *Revus* (2008) 7, 101–109 (www.revus.eu); *Chronique de jurisprudence constitutionnelle française* janvier 2007 – mars 2008, *Les cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°6, 2008, str. 175 ss.

2 Odluka »Audiovizuelna komunikacija« C.C., déc. 2009-577 DC, 3. mart 2009. g., *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, § 3. Sve odluke francuskog ustavnog vijeća dostupne su na: www.conseil-constitutionnel.fr.

3 O ovome: Richard Gheventan, Sophie Lamouroux, Olivier Le Bot i Erwan Kerviche, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *RFDC – Revue française*

de droit constitutionnel 2009/3, n°79, str. 590; Laurence Baghestani, Anne-Laure Cassard-Valembos i Laetitia Janicot, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle* n°7, *Petites Affiches*, 2009, n° 153, str. 11.

4 Odluka C.C., déc. 2009-595 DC, 3. decembar 2009. g., *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, § 4.

5 Odluka C.C., déc. 2009-579 DC, 9. april 2009. g., *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*.

6 Odluka C.C., déc. 92-305 DC, 21. februar 1992. g.

procedurom prema kojoj se usklađenost zakona sa Ustavom provjerava *a posteriori*.⁷

Uticao reforme iz 2008. g. se također osjeća u mehanizmima kontrole od strane Vijeća (1) koje je iskoristilo ovu reformu kako bi usavršilo praksu vezanu za načela razumljivosti zakona i otvorenosti i jasnoće parlamentarne debate (1.1), načelo diobe vlasti (1.2), ujedno se obilno koristeći sa »réserves d'interprétation«⁸ (1.3). Međutim, predmet izučavanja prakse Vijeća nije moguće svesti na formalne aspekte. Usvojene su i važne odluke koje se tiču suštine prava koja štiti Ustav (2), a koje se jednako bave načelom jednakosti (2.1) i borbom protiv krivotvorenja putem interneta (2.2).

1 Mehanizmi kontrole

1.1 Razumljivost zakona i otvorenost i jasnoća parlamentarne debate

Načelo otvorenosti i jasnoće parlamentarne debate, te razumljivost i pristupačnost zakona, sastavni su dio vizije jačanja demokratske pravne države. Prvo načelo mora omogućiti ispoljavanje kolektivne volje kroz debatu u kojoj će opozicija imati mogućnost da iskaže svoje stavove; drugo se tiče mogućnosti svakog građanina da razumije propis i da učestvuje u poštivanju vladavine prava. Ustavno vijeće se, dakle, obraća Zakonodavcu i zanima se za parlamentarni rad na izradi zakonâ.

Na cilj razumljivosti i pristupačnosti zakona, koji je najprije utvrđen u *Odluci broj 99-421* od 16. decembra 1999. g., često se pozivaju podnosioci

ci zahtjeva Vijeću i on se često veže za problem »negativnog sukoba nadležnosti«. Članovi Parlamenta, podnosioci zahtjeva, smatraju da kada zakonodavna vlast regulatornoj vlasti prepusti dopunu standarda, narušava se razumljivost zakona. Vijeće dalje napominje u *Odluci 2009-592*, koja se tiče *Zakona o profesionalnoj orijentaciji i permanentnoj edukaciji i obuci*, da je potrebno »zaštiti pravne subjekte od interpretacije zakona koja nije u skladu sa Ustavom ili od rizika proizvoljnosti, a da se pri tome na administrativne ili pravosudne organe ne prenese dužnost da odrede pravila koja, u skladu sa Ustavom, može odrediti samo zakon.«⁹

Na taj način je Vijeće u *Odluci 2009-584 o Zakonu o reformi bolnica, koji se odnosi na pacijente, zdravlje i teritorije*, poništilo član 17 Zakona, koji je Državnoj reviziji prepustio usklađivanje načina certifikacije zdravstvenih ustanova od strane revizora – usklađivanje koje je određeno regulatornim putem.¹⁰ Vijeće se oslonilo na cilj – od ustavne važnosti – razumljivosti i pristupačnosti zakona kako bi poništilo ovu odredbu koja ne dozvoljava određivanje granica ovlasti Državne revizije. Vijeće pri tom podsjeća na tekstualne osnove koje koristi kako bi opravdalo ovaj cilj od ustavne važnosti: riječ je o članovima 4, 5, 6 i 16 *Deklaracije o pravima čovjeka i građanina* iz 1789. g.

U drugim odlukama koje su bile predmet ovog izučavanja, Vijeće se zadovoljilo time što je podsjetilo na konkretno značenje ovog cilja od ustavne važnosti, te na to da princip razumljivosti i dostupnosti zahtijeva od Zakonodavca da usvoji »odredbe koje su dovoljno precizne i formulacije koje su nedvosmislene«. Vijeće je odbilo pritužbe podnosioca zahtjeva, smatrajući da osporene odredbe ne dovode u pitanje ovaj cilj: u *Odluci 2009-580*, razlika između obaveze nadziranja pristupa internetu i krivotvorenja;¹² u *Odluci 2009-*

7 Laurence Baghestani, Anne-Laure Cassard-Valembols i Laetitia Janicot, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle* n°7 (suite et fin), *Petites affiches*, 2009, n° 155, str. 9 ss.: »Ustavna reforma od 23. jula 2008. g. nije zahtijevala ovakav razvoj, jer ona nalaže poštivanje pravičnosti suđenja samo u okviru ocjene zakonâ koja se vrši *a posteriori*. Ali, ona ga objašnjava, utoliko što bi trebala dovesti do obnove razmatranja postupka pred Vijećem, koja su već mogla biti pokrenuta, i u kojoj Vijeće mora učestvovati.«

8 »Réserve d'interprétation« omogućava Vijeću da izbjegne proglašavanje određene zakonske odredbe neustavnom, tako što će reći da je ona ustavna, pod uslovom da se tumači ili primjenjuje na način koji je Vijeće preciziralo. *Prim. prev.*

9 Odluka C.C., déc. 2009-592 DC, 19. novembra 2009. g., *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*, § 6.

10 Odluka »Zakon HPST« C.C., déc. 2009-584 DC, 16. jula 2009. g., *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, § 29.

11 Odluka C.C., déc. n° 2009-578 DC, 18. mart 2009. g., *Loi de mobilisation pour le logement et de lutte contre l'exclusion*, § 24.

12 Odluka »Hadopi I« C.C., déc. 2009-580 DC, 10. juni 2009. g., *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, § 7.

588, razlika između turističke zajednice i turističke zone;¹³ u *Odluci 2009-594*, nedostatak preciznosti zakona ne narušava razumljivost zakona budući da se sâm zakon poziva na višegodišnji sporazum o naknadi koji su potpisali RATP i Sindikat prevoznika Île-de-France, koji omogućava da se pojase i odrede recipročne dužnosti potpisnika.¹⁴

Princip otvorenosti i jasnoće parlamentarne debate je nov, s obzirom da se ovaj izraz prvi put pojavio u *Odluci 2005-526* od 13. oktobra 2005. g., mada je on nagoviješten i u *Odluci 2005-512* iz aprila 2005. g.¹⁵ Međutim, primjećuje se povećana upotreba ovog izraza, naročito u proučavanom periodu. Vijeće je, naime, preciziralo svoju praksu i poništilo u više navrata tekstove zakonâ koji su mu bili podneseni u ime poštivanja principa otvorenosti i jasnoće parlamentarne debate.

Ovo načelo se pojavljuje kao referentna norma¹⁶ u *Odlukama 2009-581* i *2009-582*, koje se tiču rezolucijâ o izmjenama Pravilnika Narodne skupštine i Senata. Ovdje je Vijeće u dva navrata postavilo obrazloženje načela, koje se pojavljuje u identičnom obliku u obje odluke, i u kojem je Vijeće potvrdilo povezanost između načela otvorenosti i jasnoće parlamentarne debate i uporednog tumačenja člana 6 *Deklaracije o pravima čovjeka i građanina* i člana 3 Ustava – povezanost koja je u priličnoj mjeri nategnuta, ukazujući, bez sumnje, na pozitivistički pristup o čijoj se oportunisti, konačno, može razgovarati.¹⁷

Afirmacija tog načela ima u prvom redu za cilj omogućiti opoziciji da se izjasni u toku debata – ovo je vezano za ideju pluralizma u izražavanju političkih ideja, te uspostavljanje stvarne debate koja će omogućiti izražavanje kolektivne volje.

U *Odluci 2009-581* vezanoj uz *Rezoluciju o izmjenama Pravilnika Skupštine*, Vijeće je poništilo član 38 ove Rezolucije, naglašavajući činjenicu da je on mogao rezultirati zabranom izražavanja grupama iz opozicije.¹⁸ S druge strane, kada je Vijeće potvrdilo različite odredbe kojima se ograničava na dvije minute vrijeme koje je govornici-ma dato za obraćanje, ono je to učinilo uz rezervu da predsjedavajući sjednice to ograničenje mora primijeniti »uz poštivanje otvorenosti i jasnoće parlamentarne debate.«¹⁹

Vijeće je postavilo i druge »réserves d'interprétation« u pogledu poštivanja načela otvorenosti i jasnoće parlamentarne debate. Tako, član 26 Rezolucije kojim se mijenjaju uslovi pod kojima parlamentarne komisije osiguravaju javnost njihovog rada i kojim se mijenja član 46 Pravilnika Skupštine, treba tumačiti u skladu sa načelom otvorenosti i jasnoće. Vijeće je također preciziralo da o radu komisijâ treba podnijeti detaljne izvještaje.²⁰ Dalje, kada je riječ o radu komisijâ, Vijeće je naglasilo da mogućnost odstupanja od opšteg roka za ulaganje amandmanâ, koja je data predsjedniku komisije, mora biti usklađena sa zahtjevima načela otvorenosti i jasnoće parlamentarne debate.²¹

U *Odluci 2009-582*, koja se tiče *Rezolucije o izmjenama Pravilnika Senata*, Vijeće nije poništilo niti jednu odredbu zbog nepoštivanja ovog načela. Međutim, ovo načelo nije u potpunosti odsutno, jer je član 15 Rezolucije ocijenjen neustavnim ukoliko bi spriječio održavanje orijentacione

13 Odluka »Nedeljski odmor« C.C., déc. n° 2009-588 DC, 6. avgust 2009. g., *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires*, cons. 7.

14 Odluka »Transports ferroviaires« C.C., déc. 2009-594 DC, 3. decembar 2009. g., *Loi relative à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, § 11.

15 Odluka C.C., déc. 2005-526, 13. oktobar 2005. g., *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 5, i Odluka C.C., déc. 2005-512 DC, 21. april 2005. g., *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, § 4.

16 Dalje, u §2 zajedničkom za obje odluke, Vijeće detaljno navodi referentne norme iz oblasti ocjenjivanja rezolucijâ kojima se mijenjaju pravilnici skupština: radi se o Ustavu ali također i o organskim zakonima na koje on upućuje, kao i o zakonskim aktima donesenim za njegovu primjenu.

17 Odluka C.C., déc. 2006-537 DC, 22. juni 2006. g., *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, § 10.

18 Odluka C.C., déc. 2009-581 DC, 25. juni 2009. g., *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, §§ 28 i 29. Rezolucija je predviđjala mogućnost Predsjednika da okonča debatu nakon izjašnjavanja četiri govornika iz redova opozicije ili manjina.

19 Odluka 2009-581 (nap. 18), § 20. Treba primijetiti da je Vijeće već izrazilo »réserve d'interprétation« u vezi sa ograničenjem vremena za izlaganje, u svojoj Odluci 2006-537 (nap. 17), § 10.

20 Odluka 2006-537 (nap. 17), § 12.

21 Odluka 2006-537 (nap. 17), §§ 34 i 35, kao i 44, iz oblasti finansijskog prava.

rasprave o nacrtu zakona na javnoj sjednici prije nego što ga razmotri komisija kojoj je upućen.²²

U svojim odlukama, Vijeće je također uspostavilo mjerila koja će omogućiti razmatranje ustavnosti zakona koji će mu ubuduće biti podneseni, i to ne samo u pogledu normativnog sadržaja teksta zakonâ, već i u pogledu procedure donošenja zakonâ. Kao konkretan primjer poništenja može se navesti *Odluka 2009-578* koja se tiče *Zakona o angažovanju za pravo na stan i borbu protiv isključenja iz društva*, iako je ova odluka starija od dvije odluke koje su već pomenute. Vijeće je poništilo dvije odredbe tog zakona,²³ koje su usvojene putem amandmana, jer nije postojala veza između ovih odredaba i podnesenog nacrtâ zakona.²⁴ Na ovaj način Vijeće je povezalo zabranu »cavaliers législatifs«²⁵ sa načelom otvorenosti i jasnoće parlamentarne debate: rasprava o nacrtu zakona ne smije biti zagađena umetanjem u prvobitni nacrt zakona amandmanâ koji nisu ni u kakvoj vezi sa prezentiranim tekstom, pa čak i po cijenu da će to štetiti raspravi koja je neophodna za elaboraciju normi u demokratskom društvu. Naposljetku, ova veza između načela otvorenosti i jasnoće parlamentarne debate i zabrane »cavaliers législatifs« dovodi u pitanje korist od ovog novog načela, i teško je zamisliti da će Vijeće poništiti bilo koju zakonsku odredbu isključivo na osnovu nepridržavanja vremenskog ograničenja za obraćanje parlamentaraca u komisijama.

1.2 Dioba vlasti

U ocjeni *Zakona o audiovizuelnim komunikacijama i novom javnom televizijskom servisu*, Ustavno vijeće je uzelo u obzir ustavnu reformu od 23. jula 2008. godine.²⁶

Doista, nova procedura vezana uz imenovanje predsjednika France Télévisions, Radio France i Društva za audiovizuelno emitovanje

van Francuske, podliježe članu 13 Ustava,²⁷ koji je izmijenjen pri reviziji Ustava iz 2008. g. Ubuduće, procedura konsultacije nadležne komisije unutar svake asambleje biti će neophodna za određena imenovanjâ od strane Predsjednika Republike. Osporeni zakon, pak, predviđa i drugo mišljenje – saglasnost Visokog vijeća za audiovizuelnu oblast (CSA).²⁸ Stoga podnosioci zahtjeva tvrde da je došlo do kršenja člana 13 Ustava, koji predviđa samo konsultaciju nadležnih parlamentarnih komisija. Međutim, Vijeće je odbilo da protumači ovu novinu na način da zabranjuje »Zakonodavcu da odredi ili da doda [...] pravila kojima se određuju ovlasti Predsjednika Republike u pogledu imenovanjâ, kako bi se zagarantovala nezavisnost ovih društava, i kako bi se doprinijelo ostvarenju slobode komunikacijâ, sve dok ta pravila poštuju načelo diobe vlasti, što je ovdje slučaj.²⁹ U tom pogledu treba spomenuti da je ovaj princip bio predmet »mobilizacije bez prese-dana«, što pokazuje spremnost Vijeća da potvrdi svoju dvostruku ulogu: »čuvara pravâ i slobodâ u okviru kontrole ustavnosti zakonâ, ali i garanta »ravnoteže između vidova vlasti«.³⁰

Odluka 2009-577 Zakon o audio-vizuelnoj komunikaciji i novom javnom televizijskom servisu je

22 Odluka C.C., déc. 2009-582, 25. juni 2009. g., *Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat*, § 30.

23 Član 115 koji se odnosi na obavezu svih stanara da instaliraju detektor dima; član 123 koji ima za cilj proširenje primjene određenih dijelova CGCT-a na općine Francuske Polinezije.

24 Odluka 2009-578 (nap. 11), § 30 i sledeći.

25 »Cavaliers législatifs« su odredbe dodane u nacrt određenog zakona, koje nisu u vezi sa tematikom i svrhom tog zakona, i koje ne bi bile usvojene da su prezentirane zasebno. *Prim. prev.*

26 Odluka 2009-577 (nap. 2).

27 U tom pogledu, Vijeće ističe da je odluka da se imenovanjâ podvrgnu ovoj proceduri imala za cilj »garantovati neovisnost nacionalnih društava za emitovanje i na taj način pomoći ostvarivanju slobode komunikacijâ« (Odluka C.C., déc. 2009-576, 3. mart 2009. g., *Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*, § 4), opravdane »važnošću tih pozicija za garantovanje pravâ i slobodâ« (Odluka 2009-577 (nap. 2), § 7).

28 Ova nadležnost je prije proizlazila jedino iz ovlasti CSA; podnosioci zahtjeva su naveli da će ovaj prenos ovlasti na izvršnu vlast štetiti »slobodi komunikacijâ, garantovanoj članom 11 Deklaracije iz 1789. g., ustavnom cilju pluralizma stavova i mišljenja, kao i, konsekvntno tome, novim odredbama člana 34 Ustava.« Međutim, Vijeće je odbilo da razmatra ovaj prenos ovlasti, utoliko što je ta ovlast Predsjednika podvrgnuta suglasnosti pomenutog autoriteta (alineja 8 preambule Odluke), što predstavlja dovoljnu garanciju za očuvanje tih pravâ. O ovome: Ghevontian, Lamoureux, Le Bot i Kerviche 2009 (nap. 3), 590.

29 Odluka 2009-577 (nap. 2), § 9.

30 Baghestani, Cassard-Valembos i Janicot 2009b (nap. 7), 10.

izuzetno važan primjer ovoga, jer se Vijeće dva puta pozvalo na princip diobe vlasti kako bi sankcionisalo odredbe pomenutog zakona. Prije svega, Vijeće se koristi ovim principom kako bi poništilo član 14 ovog zakona, koji opoziv predsjedničkih stavljajući u nadležnost parlamentarnih komisija, uz uslov saglasnosti, iako je takvo pravo dato – na temelju izmijenjenog člana 13 Ustava – samo kada je riječ o imenovanju predsjedničkih. Dakle, ta odredba parlamentarnim komisijama daje pravo na veto, utoliko što se mogu protiviti imenovanju od strane Predsjednika Republike većinom od tri petine glasova.³¹ Ova odredba se, dakle, analizira kao derogacija principa diobe vlasti, što zahtijeva striktnu interpretaciju. Shodno tome, Vijeće je poništilo zakon po tom osnovu,³² cijeneci da je riječ o jasnom uplitanju zakonodavne vlasti u izvršnu vlast, po pitanju opoziva.³³ Ipak, mogućnost intervencije Parlamenta u proceduru opoziva nije isključena, s obzirom da Vijeće smatra da je procedura konsultacije tih komisija dovoljno usklađena sa principom diobe vlasti.³⁴

Vijeće je ovom načelu dalo maksimalnu primjenljivost kada je poništilo još jednu odredbu – drugu stavku tačke 3 člana 25 podnesenog zakona – iz razloga što zadire u regulatornu domenu.³⁵ Dakle, Vijeće do te mjere rasteže ovu

mogućnost, smatrajući da je izvršna vlast raspolagala načinom da osigura tu zaštitu (procedure iz člana 37 stav 2, i člana 41 Ustava),³⁶ stoga je pristupilo izuzimanju spornih odredaba.³⁷ Dakle, čini se da je ovom odlukom napravljen obrt u ovoj oblasti, jer će se ubuduće zadiranje zakona u regulatornu domenu smatrati stvarnim razlogom za ocjenu neustavnosti.³⁸

Ovaj stav je potvrđen u *Odluci 2009-579* koja se tiče *Organskog zakona o primjeni članova 34-1, 39, i 44 Ustava*,³⁹ a u kojoj je Vijeće potvrdilo da »princip diobe nadležnosti zakonodavnih i regulatornih vlasti« sprječava organskog Zakonodavca da Vladi nametne obavezu da »informiše Parlament o glavnom smjeru, i predviđenom roku za objavu, regulatornih odredaba koje ona treba donijeti u skladu sa ekskluzivnim ovlastima koje su joj dodijeljene u članovima 13 i 21 Ustava«.⁴⁰ Time je Vijeće potvrdilo promjenu u svom shvaćanju načela diobe vlasti, koje se od sada veže za načelo – od ustavne važnosti (?) – diobe nadležnosti.

Ovaj novi pristup principu diobe vlasti, koji »podsjeća na Ustavno Vijeće iz ranih dana, koje se prije svega trudilo da zaštiti izvršnu vlast od Parlamenta«, smatra se opasnim utoliko što bi mogao »umanjiti zaštitu sloboda«. ⁴¹ Doista, u odluci *Audiovizuelna komunikacija*, Vijeće je odbilo da podvrgne ovlast opoziva koju ima Predsjednik Republike suglasnosti parlamentarnih komisija, iako se smatralo da ova procedura predstavlja dodatnu garanciju, imajući za cilj da zaštiti slobodu izražavanja, posebice slobodu medija (nedavno utvrđenu kao cilj od ustavne važnosti).⁴² Štaviše, ovakvim pristupom se mijenja tradicio-

31 Član 13 Ustava predviđa da Predsjednik ne može pristupiti imenovanju ako »zbir negativnih glasova u svakoj komisiji predstavlja najmanje tri petine glasova u obje komisije«.

32 Odluka 2009-577 (nap. 2), § 13.

33 Ghevontian, Lamouroux, Le Bot i Kerviche 2009 (nap. 3), 595.

34 Odluka 2009-577 (nap. 2), § 14. Vijeće je formulisalo »réserve d'interprétation« kako bi prešlo na promjenu kvalifikacije stava, te kako bi ovu odredbu uskladilo sa Ustavom; gledaj *infra* kada je riječ o »réserves d'interprétation«.

35 Doista, u ovoj odredbi je predviđena mogućnost da parlamentarne komisije »formulišu mišljenje o specifikacijama u roku od šest sedmica«. Dakle, »od momenta kada su specifikacije 'određene' dekretom, nacrt specifikacija predstavlja nacrt regulatornog akta«. *Commentaire de la décision n° 2009-577 DC – 3 mars 2009, loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, str. 17–18. Vijeće je zaključilo da »osporeni zakon dozvoljava zakonodavnoj vlasti da se upliće u regulatornu vlast; stoga ovaj zakon mora biti proglašen neustavnim« (§ 31).

36 Odluka C.C., déc. 82-143 DC, 30. juli 1982. g.

37 Odluka 2005-512 (nap. 15).

38 O ovome, gledaj Thierry Rambaud i Agnès Roblot-Troizier, *Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit constitutionnel, RFDA – Revue française du droit administratif* 2009, str. 580 ss.

39 Odluka 2009-579 (nap. 5).

40 Odluka 2009-579 (nap. 5), § 16. Vijeće je također izrazilo nekoliko rezervi koje imaju za cilj očuvanje ovog principa; gledaj *infra*.

41 Patrick Wachsmann, *La séparation des pouvoirs contre les libertés ?*, *AJDA Actualités Juridiques – Droit Administratif*, 2009, str. 617.

42 Wachsmann 2009 (nap. 41), 617, i Baghestani, Casard-Valembais i Janicot 2009b (nap. 7), 11.

nalno viđenje načela diobe vlasti i nipodaštava »spособnost sprječavanja, koja je suština [ovog načela]«.43

Prema mišljenju Laetitia Janicot, ovaj razvoj se može objasniti revizijom Ustava od 23. jula 2008. g., i spremnosti Vijeća da dà pun opseg novim ovlastima koje su dodijeljene zakonodavnoj vlasti. Međutim, ovakav stav dovodi do »jedne pomalo paradoksalne situacije« jer se Vijeće zalaže za zaštitu izvršne vlasti nauštrb Parlamenta, čije su pak ovlasti povećane od strane ustavotvorne vlasti.44

Naprotiv, kada je riječ o uplitanju regulatorne vlasti u domenu zakona, Vijeće se poziva na svoju tradicionalnu praksu koja nalaže Zakonodavcu koji delegira svoje ovlasti Vladi, na osnovu člana 38 Ustava, da vremenski ograniči ovaj prenos ovlasti, da predvidi podnošenje nacrta zakona o ratifikaciji, i da precizno definiše »krajnji cilj mjera koje predlaže da budu preuzete dekretom, kao i domen tih mjera«.45

Vijeće je još jednom pribjeglo tradicionalnoj primjeni principa diobe vlasti, ovaj put u horizontalnoj ravni, u *Odluci 2009-587 Organski zakon o evoluciji institucija Nove Kaledonije i podjeli po departmanima u Mayottu*.46 Vijeće smatra da predsjednici Senata ili Narodne Skupštine ne mogu »odlučiti da skrate vrijeme za konsultacije Kongresa Nove Kaledonije« u vezi sa prijedlozima zakona koji sadrže odredbe koje se odnose na Novu Kaledoniju (u skladu sa članom 77 Ustava), a da ne naruše ovaj princip.47

Konačno, Vijeće se uvijek brine da podjela ovlasti između organskog zakona, zakona o finansijama i ordinarnog zakona bude ispoštovana. U tri odluke koje se tiču ocjene organskih zakona48

i u dvije odluke vezane za finansijske zakone,49 Vijeće ističe kako neke od odredaba ovih zakonâ zadiru u domenu ordinarnih zakonâ i proglašava ih nezadovoljavajućim. S druge strane, moguće je primijetiti da, kada ordinarni zakon zadire u sferu zakona o finansijama, Vijeće će *ex officio* poništiti odredbu o kojoj je riječ.50

1.3 »Réserve d'interprétation« Ustavnog vijeća

Ustavno vijeće je i ove godine donijelo veliki broj odluka u kojima potvrđuje zakone ili zakonske odredbe pod plaštom »réserve d'interprétation«. U svojoj *Odluci 2009-590* od 22. oktobra 2009. g. koja se odnosi na *Zakon o krivičnoj zaštiti literarne i umjetničke svojine na internetu*,51 Vijeće napominje kako njegove prerogative u oblasti interpretacije zakonskih odredaba, u okviru kontrole ustavnosti zakona, ostaju relativno ograničene.52

Vijeće ne smije preuzeti ulogu Zakonodavca. Ono smije tumačiti zakonske odredbe samo u mjeri u kojoj je to neophodno kako bi izvršilo kontrolu u skladu sa svojim nadležnostima. U ovom slučaju, Vijeće smatra da je sudija taj koji treba procijeniti, od slučaja do slučaja, »da li je neophodna dalja istraga«, te da li postoje dovoljni dokazi da bi se odlučilo o krivici osoba u pojedinim slučajevima i da bi im se odredila kazna. Dakle, Ustavno vijeće nije ni dodatni zakonodavac, niti je sudija u određenom slučaju. Vijeće napominje da je njegova uloga strogo ograničena. Međutim, u velikom broju odluka se dà zaključiti da je linija između striktno kontrole ustavnosti zakona i posla Zakonodavca ponekad tanka u slučajevima gdje se Vijeće koristi metodom »réserve d'interprétation«.

43 Wachsmann 2009 (nap. 41), 617.

44 Baghestani, Cassard-Valembos i Janicot 2009b (nap. 7), 9.

45 Odluka 2009-584 (nap. 10), § 22.

46 Odluka C.C., déc. 2009-587 DC, 30. juli 2009. g., *Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*.

47 Odluka 2009-587 (nap. 46), § 16.

48 Odluka 2009-576 (nap. 27), § 4; odluka 2009-587 (nap. 46), § 8; i odluka »Loi pénitentiaire« C.C., déc. 2009-593 DC, 19. novembar 2009. g., §§ 8 i 9.

49 Odluka C.C., déc. 2009-599 DC, 29. decembar 2009. g., *Loi de finances pour 2010*, §§ 108-111, i odluka C.C., déc. 2009-600 DC, 29. decembar 2009. g., *Loi de finances rectificative pour 2009*, § 12.

50 Odluka 2009-577 (nap. 2), §§ 32-34.

51 Odluka »Hadopi II« C.C., déc. 2009-590 DC, 22. oktobar 2009. g., *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*.

52 Vijeće je već u nekoliko odluka imalo priliku precizirati domen svojih ovlasti tumačenja, tačnije u Odluci C.C., déc. 2001-455 DC, 12. januar 2002. g., *Loi de modernisation sociale*, § 9, i odluci C.C., déc. 2004-509 DC, 13. januar 2005. g., *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, § 25.

Ustvari, u najvećem broju svojih rezervi, Vijeće precizira, pa čak i dovršava, posao Zakonodavca. To je upravo ono što je Vijeće učinilo u *Odluci 2009-595* od 3. decembra 2009. g., koja se tiče organskog zakona o primjeni člana 61-1 Ustava.⁵³ Organski Zakonodavac je odredio, u članu 23-3 Zakona, da Kasacioni sud može donijeti konačnu presudu po žalbi čak i onda kada Ustavno vijeće još nije presudilo o prioritarnom pitanju ustavnosti, u slučajevima kada »je stranka lišena slobode zbog postupka i kada je zakonom predviđeno da Kasacioni sud donese presudu u određenom roku«. Ova odredba je ustavna samo ukoliko okrivljeni ima mogućnost da ponovo pokrene postupak kako bi se uzela u obzir odluka Ustavnog vijeća. Pod tom rezervom, ustavni sudija u znatnoj mjeri kompletira zakon: zakonodavac je i sam mogao dodati ovu rečenicu na kraju spornog člana. Riječ je o konstruktivnoj »réserve d'interprétation«:⁵⁴ Vijeće na neki način prevazilazi svoju ulogu, čije granice se pak trudi naglasiti. Ista rezerva je zauzeta i u alineji 23 preambule odluke koja se tiče zadnje rečenice u članu 23-5 Zakona o *urgentnosti* sa kojom ponekad moraju odlučivati Državni savjet i Kasacioni sud.

Ustavno vijeće se ponovno vratilo svojoj ulozi, onakvoj kakvu je striktno definisalo, kada se zadovoljilo, u alineji 28 preambule iste odluke, time što je navelo kako odredbe članova 23-4 do 23-7 Zakona, koje se pozivaju na proceduru koja se primjenjuje na višim instancama, treba tumačiti na način da propisuju zahtjeve pravičnog suđenja, te da će, po potrebi, regulatorna vlast naćiniti potrebne proceduralne dopune. Rezerva je dakle jednostavno smjernica vlastima zaduženim za sprovođenje zakona.

Ustavni sudija je postupio na identičan način u određenom broju drugih odluka. U odluci od 19. novembra 2009. g. koja se tiče Zakona o izvršavanju kazne zatvora,⁵⁵ Vijeće upućuje regulatornoj vlasti rezervu sa smjernicom: dekret koji definiše disciplinske sankcije ne bi trebao uticati na prava

i slobode koje osobe uživaju unutar granica inherentnih u pritvoru.⁵⁶ U Odluci od 10. juna 2009. g. koja se tiče Zakona o *promicanju širenja i zaštite djela na internetu*,⁵⁷ Vijeće pravosudnim organima upućuje rezervu sa smjernicom: sudije koje razmatraju tužbe nosilaca autorskih prava i srodnih prava mogu odrediti samo »mjere koje su striktno neophodne za očuvanje« ili za prestanak kršenja pomenutih prava, i to na način koji je u skladu sa slobodom izražavanja i komunikacija.⁵⁸

Napokon, u svojoj odluci *Audiovizuelna komunikacija*,⁵⁹ Vijeće rezervu upućuje Zakonodavcu. Podnositelji zahtjeva su osporavali legislativno ukidanje sredstava za finansiranje France Televisions-a, a da nije predviđena zamjena finansiranja, kako bi se osigurala nezavisnost javnog servisa. Oni su na taj način zašli na teren negativnog sukoba nadležnosti.

Vijeće ističe da se Zakonodavac u zadnjem paragrafu stava VI, člana 53, zakona od 30. septembra 1986. g., u tekstu koji rezultira osporenim zakonom, založio za to da svaki zakon o finansijama definiše iznos finansijske kompenzacije države. Zalaganje Zakonodavca je na neki način »postalo ustavnim«⁶⁰ kroz objašnjenje koje je ustavni sudija ponudio pod plaštom »réserve d'interprétation«: »Poštivajući nezavisnost France Télévisions, svaki zakon o finansijama mora odrediti iznos državne finansijske kompenzacije za prihod od reklamâ koji je to društvo izgubilo, kako bi ono moglo nastaviti da ispunjava misiju javnog servisa koja mu je povjerena.«⁶¹ Zakonodavac se tako nije ogriješio ni o svoju nadležnost ni o zahtjeve koji proizilaze iz člana 11 *Deklaracije o pravima čovjeka i građanina*. Uбудuće, Vijeće bi moglo biti prinuđeno da kontroliše neki zakon kojim se javnom audiovizuelnom servisu dodjeljuje finansijska sredstva. Ali, da li će to stvarno biti u tolikoj mjeri da Vijeće kontroliše dostatnost dodijeljenog iznosa? ⁶²

53 Odluka 2009-595 (nap. 4); gledaj *infra*.

54 Vijeće se koristi ovom metodom u slučajevima kada »zakon nije predvidio dovoljno precizne odredbe i kada ti propusti štete osnovnim garancijama zaštićenim Ustavom« (Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 1998, str. 419–420).

55 Odluka »Loi pénitentiaire« 2009-593 (nap. 48).

56 Odluka »Loi pénitentiaire« 2009-593 (nap. 48), § 6.

57 Odluka »Hadopi I« 2009-580 (nap. 12).

58 Odluka »Hadopi I« 2009-580 (nap. 12), § 38.

59 Odluka 2009-577 (nap. 2).

60 Gledaj Olivier Le Bot, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *RFDC – Revue française de droit constitutionnel*, 2009/3, n° 79, str. 595.

61 Odluka »Audiovizuelna komunikacija« 2009-577 (nap. 2), § 19.

62 Le Bot 2009 (nap. 60), 596.

Kada je riječ o rezervama izraženim u odluci *Zakon HPST*,⁶³ one dozvoljavaju potvrdu opšteg duha teksta, inače upitnog u smislu liberalizacije zdravstvenog sistema.

U prvom redu, Vijeće se izjasnilo da je princip povećanog učešća privatnih lica u javnom servisu zdravstva u skladu sa stavom 11 Preambule Ustava i sa načelom kontinuiteta javne službe, ali je uz to preciziralo ulogu Regionalne zdravstvene agencije: koja će definisati način učešća privatnih lica u javnom servisu zdravstva i pri tome ga uskladiti sa radom javnih ustanova, te će se pobrinuti da ove osobe u cijelosti nastave slijediti ciljeve javnog bolničkog servisa. Vijeće na ovaj način želi ublažiti posljedice liberalizacije zdravstvenog sistema, tako što će očuvati, koliko god je to moguće, vezu sa prvobitnom misijom javne službe. Ova rezerva, kao i čitava odluka, se može tumačiti kao implicitna potvrda rizika i posljedica koji mogu proizići iz reorganizacije zdravstvenog sistema. Stav 11 Preambule iz 1946. g. se čini beskorisnom zaštitom u sistemu koji se liberalizuje iz dana u dan.

Inače, iako je ocijenilo da je imenovanje osoba koje nisu državni službenici na pozicije u javnim zdravstvenim ustanovama u skladu sa Ustavom, Vijeće je pritom iskazalo dvostruku usmjerenost rezervu. Prvo, regulatorna vlast mora odrediti pravila koja će omogućiti jednak pristup kandidata ovim poslovima i mora precizirati modalitete pomoću kojih će se testirati njihove sposobnosti. Dalje, nadležni organi odluku o imenovanju trebaju bazirati na sposobnosti kandidata da ispuni misiju tih organa.

Ustavno vijeće je donijelo odluku da *Zakon HPST* ne utiče na zaštitu zdravlja zajamčenu u odjeljku 11 Preambule iz 1946. g.: obnova zdravstva je u skladu sa ustavnim principom. Vijeće smatra da je ovaj sistem u skladu sa Ustavom ukoliko ne dovodi u pitanje pravo na zdravstvenu zaštitu i jednak pristup zdravstvu za sve. Ipak, iz načina na koji je Vijeće odbacilo određena pitanja i iz rezervi koje je iskazalo, vidi se da je argumentacija Vijeća na osnovu Preambule iz 1946. g. dosegla svoju granicu. Da li je moguće razgovarati o ekonomskom liberalizmu pod nadzorom? Da li je moguće konstatovati značajnu transformaciju javnog zdravstva, koju je Vijeće potvrdilo ali nije

i prihvatilo, krijući se pri tom iza svetog načela zaštite zdravlja?

2 Kontrola suštine zakona

2.1 Princip jednakosti

2.1.1 *Princip jednakosti i »porez na ugljendioksid«*

Podnosioci zahtjeva Ustavnom vijeću, koji traže poništenje zakona, redovno se koriste ustavnim principom jednakosti.⁶⁴ Iako se često navodi s motivacijom da se zakon izuzetno primjenjuje na sve pod istim uvjetima, Vijeće rijetko poništava po ovom osnovu.⁶⁵ Ustavna praksa iz 2009. g. nije izuzetak u tom pogledu. Međutim, u svojoj odluci koja se tiče *Zakona o finansijama za 2010. g.*, poznatijom pod nazivom *Odluka o porezu na ugljendioksid*,⁶⁶ Vijeće je određene odredbe ocijenilo suprotnim principu jednakosti, upotrebljavajući ambicioznu argumentaciju koja otvara mogućnost proširenja polja poništavanja (censure).

U skladu sa kontinuiranom praksom Vijeća, od principa jednakosti je moguće odstupiti samo pod dva alternativna uvjeta, dopunjena jednim kumulativnim uvjetom.⁶⁷ Dakle, zakonodavac smije narušiti jednakost samo u slučaju različitih okolnosti ili u ime opšteg interesa, i to samo ako je ta razlika u tretmanu u skladu sa ciljem za-

64 Gledaj Guillaume Merland, *Le principe d'égalité*, *Revue administrative*, 1. jula 2004. g., n° 340, str. 370: »načelo jednakosti je osnovno pravo na čije kršenje se najčešće pozivaju podnosioci u prilog svom zahtjevu«.

65 Merland 2004 (nap. 64), 370.

66 Porez na ugljendioksid je tako trebao omogućiti smanjenje emisije stakleničkih gasova i na taj način boriti se protiv globalnog zatopljenja. Ovaj porez se nije trebao primjenjivati na preduzeća koja su podvrgnuta režimu kvota emisije stakleničkih gasova Evropske unije, koji je uspostavljen Direktivom 2003/87/CE od 13. oktobra 2003.g., koja ustanovljuje sistem razmjene kvota emisije stakleničkih gasova u Evropskoj zajednici.

67 Odluka C.C., déc. 73-51 DC, 27. decembar 1973. g., *Taxation d'office*; odluka C.C., déc. 2000-441 DC, 28. decembar 2000. g., *Loi de finances rectificative pour 2000*; odluka C.C., déc. 2003-474 DC, 17. juli 2003. g., *Loi de programme pour l'outre-mer*.

63 Odluka »*Zakon HPST*« 2009-584 (nap. 10).

kona.⁶⁸ Vijeće se na ove standardne uvjete koji uokviruju kontrolu principa jednakosti pozvalo i u svojoj odluci od 29. decembra 2009. g. Vijeće smatra da »princip jednakosti ne predstavlja prepreku nametanju posebnih poreza koji imaju za cilj poticanje poreznih obveznika da se ponašaju u skladu sa opštim interesom, pod uvjetom da su pravila koja su određena u vezi s tim opravdana u odnosu na navedene ciljeve«.⁶⁹

Pojedini autori su skrenuli pažnju na neizvjesnost koja proizilazi iz ovakvog rezonovanja, navodeći da je pojam opšteg interesa nejasan i kao takav u mnogim slučajevima može poslužiti kao razlog za odstupanje od načela jednakosti, koje je i samo podložno neizvjesnosti, kada je riječ o njegovom određivanju.⁷⁰ Tako bi bilo moguće opravdati ograničavanje dometa ustavnog načela jednakosti razlozima kao što su pravna sigurnost tvrtki i zaposlenikâ,⁷¹ koji pak nemaju ustavnu vrijednost.

Kada je riječ o odluci *Porez na ugljendioksid*, zaštita okoliša se navodi kao neosporan vid opšteg interesa.⁷² Kako bi to pokazalo, Vijeće se poziva na *Povelju o okolišu*, precizirajući da »skup pravâ i obaveza definisanih u *Povelji o okolišu* ima ustavnu vrijednost«.⁷³ Dakle, *Zakon o »porezu na ugljendioksid«* je uspješno prošao prvu etapu kontrole od strane Vijeća: zaštita okoliša, kao cilj

koji je u opštem interesu, može opravdati namećanje posebnih poreza.

Vijeće je zatim prešlo na kontrolu »adekvatnosti osporenih odredaba za ostvarenje tog cilja«,⁷⁴ precizirajući da neće ocjenjivati odredbe osporene od strane podnosioca zahtjeva, u ovom slučaju član 9,⁷⁵ nego će isključivo ocijeniti član 7. Vijeće je dakle potvrdilo kako režim izuzeća uspostavljen članom 7 ne predstavlja zanemarivanje svrhe zakona koja glasi »uspostaviti instrumente koji će omogućiti znatno smanjenje emisije«⁷⁶ stakleničkih gasova. Ovaj režim izuzeća je bio usmjeren na tvrtke kojima pravo Evropske zajednice već nameće obavezu da smanje emisiju stakleničkih gasova, pod prijetnjom novčane kazne.⁷⁷ Međutim, Vijeće je ocijenilo da ovaj sistem kvota u stvarnosti nije efikasan, jer bi pomenute tvrtke, koje su odgovorne za najveći udio u emisiji CO2 industrijskog porijekla, isključujući pogonsko gorivo, bile u potpunosti oslobođene obaveze da smanje emisiju. Vijeće je dakle odlučilo da poništi sistem oporezivanja emisije ugljendioksida iz razloga što režim izuzeća oduzima svaki smisao principu, i svakako ide nauštrb cilju zaštite okoliša određenog zakonom. Čini se da je Vijeće ovdje »proširilo karakter svoje kontrole«⁷⁸ kada je odredilo »koji nivo izuzeća je prihvatljiv, a da se ne poremeti uticaj zakona i izmijeni njegovu prirodu«. ⁷⁹

Da je Vijeće primjenilo ovu vrstu kontrole u svojim prethodnim odlukama, sigurno bi došlo do sasvim drugačijeg zaključka. To bi možda bio slučaj sa *Zakonom kojim se potvrđuje pravilo odmora nedjeljom i koji ima za cilj da prilagodi odstupanje od tog pravila u turističkim i banjskim općinama i područjima, kao i u pojedinim velikim aglomeracijama za zaposlenike-volontere*.⁸⁰ I sâm

68 Odluka 2009-578 (nap. 11), § 20. U ovoj odluci, Vijeće je ocijenilo da je odredba kojom se uspostavlja razlika u situaciji koja nije zasnovana na opštem interesu i koja nije u vezi sa svrhom zakona – dodjela smještaja onima koji su najugroženiji – suprotna načelu jednakosti.

69 Odluka 2009-599 (nap. 49), § 80.

70 Dominique Rousseau, *Jurisprudence constitutionnelle* 2005, *RDP Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1. januar 2006. g., n° 1, 265–266; Jean-Baptiste Deneuville, *Le contrôle interne de constitutionnalité des lois*, *Revue Administrative*, 1. mart 2006. g., n° 350, 138.

71 Odluka C.C., déc. 2008-568 DC, 7. avgust 2008. g., *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*. Gledaj Laurence Baghestani-Perey, A.-L. Cassard-Valembos, L. Janicot, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle* n° 6 (premier semestre 2008) (1^{ère} partie), *Petites Affiches*, 29 décembre 2008, n° 260, str. 6–19.

72 Odluka C.C., déc. 2003-488 DC, 29. decembar 2003. g., *Loi de finances rectificative pour 2003*.

73 Odluka 2009-599 (nap. 49), § 79.

74 Odluka 2009-599 (nap. 49), § 81.

75 Član 9 nacrtâ zakona se ticao sistema redistribucije poreza na ugljendioksid.

76 Odluka 2009-599 (nap. 49), § 81.

77 Direktiva 2003/87/CE od 13. oktobra 2003. g. kojom se uspostavlja sistem razmjene kvota emisije stakleničkih gasova u zajednici.

78 André Barilari, *La contribution carbone et le conseil constitutionnel : une censure annoncée ?*, *La semaine Juridique. Edition générale*, 18. januar 2010. g., n° 3, str. 42.

79 Barilari 2010 (nap. 78), 42.

80 Zakon n° 2009-974 od 10. avgusta 2009. g.

naslov zakona je kontradiktoran. Tako je potvrđivanje pravila odmora nedjeljom navedeno kao glavna svrha zakona, mada se čini da je to samo da bi se bolje prikrile razmjere režima odstupanja od ovog pravila. Dakle, Vijeće je u ovom slučaju potvrdilo zakon, a da nije primijenilo temeljitu provjeru u pogledu načela jednakosti.⁸¹

Vraćajući se odluci »Porez na ugljendioksid«, treba istaći da se Vijeće nije zadovoljilo time što je razvilo inovativnu argumentaciju u odnosu na svoju prethodnu praksu, već je izrazilo snažno protivljenje logici koju je upotrijebio Evropski sud pravde u slučaju Arcelor.⁸²

U tom slučaju, Evropski sud pravde je zaključio, suprotno stavu Vijeća, da režim kvotâ nije nedjelotvoran zato što može dovesti u nepovoljan finansijski položaj tvrtke koje potpadaju pod ovaj režim u odnosu na one koje su izuzete.⁸³ Evropski sud pravde je otišao čak i dalje kada je procijenio da razlika u tretmanu koja je na ovaj način nastala, nije u suprotnosti sa ciljem zaštite okoliša, što je bila intencija direktive zakonodavca Evropske unije. Izuzeće više sektorâ, uključujući i sektor hemije (34.000 postrojenja), iz domena primjene režima kvotâ je dakle opravdano, a da nije neophodno da Sud istraži postojanje ekvivalentnog sistema za smanjenje CO₂ u domaćem pravu. Ipak, Sud je našao za shodno da podsjeti da tvrtke na koje je primjenjiva direktiva čine gotovo 50 % emitera CO₂ u Evropskoj uniji, iako imaju samo 10.000 postrojenja.

Dakle, Evropski sud pravde je potvrdio direktivu naglašavajući progresivni i kompleksan karakter sistema kvotâ, koji je također prisutan u funkcionisanju poreza na ugljendioksid, proizšlog iz Zakona o finansijama za 2010. g., koji predviđa uspostavljanje komisije za praćenje koja bi procjenjivala razvoj stope poreza na ugljendioksid.⁸⁴

Ustavno vijeće očigledno nije slijedilo argumentaciju Evropskog suda pravde, već je dalo prednost interpretaciji cilja zaštite okoliša koja

je u skladu sa načelom korisnog efekta.⁸⁵ Dakle, Vijeće je u odluci »Porez na ugljendioksid« zadržalo ambiciozan pristup načelu jednakosti, utoliko ambiciozniji što ovo načelo zauzima važno mjesto u praksi Vijeća, koje može biti osnaženo kontrolom Vijeća putem izuzeća.

2.1.2 Princip jednakosti i prioritarno pitanje ustavnosti

Imajući u vidu činjenicu da se verifikacija ustavnosti zakona vrši *a posteriori*, putem procedure prioritarnog pitanja ustavnosti koja je uvedena organskim zakonom od 10. decembra 2009. g. koji se tiče primjene člana 61-1 Ustava,⁸⁶ pojedini autori i akteri pravosuđa su se zapitali na koje bi se principe okrivljeni mogli najčešće pozivati.⁸⁷ U tom smislu, već velik broj zahtjeva koji se pozivaju na načelo jednakosti, mogao bi se još povećati.⁸⁸

Iako će otvaranje procesa verifikacije ustavnosti neograničenom broju aplikata automatski rezultirati povećanjem broja slučajeva, moguće je navesti i druga objašnjenja, koja su više pravne prirode, za ovaj eventualno iznenađujući uspjeh tradicionalnog načela jednakosti.

Prvenstveno, načelo jednakosti je jedno od pravâ i slobodâ zagarantovanih Ustavom, i poštivanje ovog načela je već osigurano verifikacijom konvencionalnosti koju vrše administrativni i sudski organi. Budući da je tako, na ovaj način polje primjene principa nediskriminacije – sinonima načela jednakosti – je ograničeno. Određen članom 14 *Evropske konvencije o zaštiti ljudskih pravâ i fundamentalnih slobodâ*, ovaj princip se primjenjuje samo na uživanje pravâ i slobodâ određenih pomenutom Konvencijom i njenim

85 Philippe Billet, L'invalidation de la contribution carbone, *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 25. januar 2010. g., n° 4, str. 35.

86 Zakon n°2009-1523 od 10. decembra 2009. g., koji se tiče primjene člana 61-1 Ustava.

87 Ovo je prvo pitanje koje je upućeno osobama koje je u Narodnoj skupštini, u vezi sa nacrtom organskog zakona o primjeni člana 61-1 Ustava, saslušala Komisija za ustavne zakone, legislativu i opću administraciju Republike; saslušanje je bilo otvoreno za novinare.

88 Većina saslušanih članova se, u prvom redu, pozvala na načelo jednakosti.

81 Odluka »Nedjeljski odmor« 209-588 (nap. 13).

82 Odluka Suda pravde evropskih zajednica C-127/07, 16. decembar 2008. g., *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*

83 Odluka Suda pravde evropskih zajednica C-127/07 (nap. 82), § 43.

84 Član 7, II nacrta Zakona o finansijama za 2010. g., usvojen 18. decembra 2009. g.

datnim protokolima. Također, Državni savjet u odluci »Mme Bahomar«,⁸⁹ nije mogao sankcionirati kršenje načela jednakosti na osnovu Konvencije, jer ona pretpostavlja vezu sa jednim od prava koje štiti, što podnosilica zahtjeva nije mogla pokazati. Polje primjene načela jednakosti u francuskom ustavnom pravu je mnogo šire. Da je Vijeće u to vrijeme moglo odlučivati o ustavnosti zakonske odredbe osporene u pomenutom slučaju, ishod spora Madame Bahomar bi bio sasvim drugačiji.⁹⁰

Drugo, član 23-2 *Organskog zakona o primjeni člana 61-1 Ustava*, koji određuje uslove prihvatljivosti zahtjeva, između ostalog, nalaže da će određena zakonska odredba moći biti osporena samo ako »već nije proglašena ustavnom u dispozitivu i obrazloženju odluke Vijeća, osim u slučaju izmjene okolnosti«. U *Odluci 2009-595* od 3. decembra 2009. g., koja se tiče pomenutog zakona, Vijeće je preciziralo da to znači da, iako je određena odredba proglašena ustavnom, ona može biti ponovo razmatrana ako je »ponovno razmatranje opravdano izmjenama primjenjivih ustavnih normi ili promjenom okolnosti, pravnih ili činjeničnih, koje su nastupile nakon prethodne odluke, i koje utiču na domet kritizirane zakonske odredbe«.⁹¹ Dakle, kao što napominje nekoliko autorâ, pozivanje na okolnosti se može učiniti »delikatnim«,⁹² s obzirom na rizik da »a priori ocjenu ustavnosti učini relativnom i kontekstualnom«,⁹³ što je slučaj i sa odlukama Vijeća donesenim *a posteriori* – samo proticanje vremena će izazvati promjenu u okolnostima.⁹⁴

Štaviše, oprez nam se čini utoliko opravdanijim kada je riječ o načelu jednakosti. Doista, kontrola poštivanja ovog principa često se sastoji u ocjeni opravdanosti nejednakog tretmana u sličnim ili različitim situacijama, uzimajući u obzir okolnosti. Onog momenta kada se prestane zasnovati na isključivo formalnom shvaćanju jednakosti,⁹⁵ primjena načela jednakosti postaje inherentno detaljna, utoliko što bi svaki novi slučaj mogao opravdati ponovno razmatranje ustavnosti od strane Vijeća.

Kako bi se u to uvjerili, dovoljno je osvrnuti se na primjenu načela jednakosti od strane Vijeća u odlukama koje su predmet ove hronike. Oblast prava vezana uz ovo načelo otkriva da Vijeće nema jedinstvenu koncepciju jednakosti. S jedne strane, ona može biti shvaćena na formalan način i podrazumijevati jednak tretman svih pravnih subjekata, ili, s druge strane, može se odnositi na materijalno značenje i dozvoljavati da se uzmu u obzir sličnosti ili razlike u situaciji – drugačije rečeno, i za nas relevantno, u okolnostima – kako bi se opravdao različit tretman od strane Zakonodavca.

U *Odluci 2009-594 o Zakonu HPST*, Vijeće se izjasnilo o principu jednakosti u dva navrata, a da nije uzimalo u obzir okolnosti.⁹⁶ Prvo, Vijeće smatra da zakonska odredba kojom se dozvoljava zdravstvenim ustanovama da sklapaju ugovore sa Regionalnom zdravstvenom agencijom ne narušava jednakost između korisnika javnog servisa, ukoliko su te ustanove »dužne garantovati pristup kvalitetnoj zdravstvenoj zaštiti za sve i pokriti regulisane naknade i honorare«.⁹⁷ Drugo, zapošljavanje direktora bolnica na drugi način osim konkursom, ne narušava kadrovsku jednakost, sve dok te druge metode zapošljavanja kandidatima osiguravaju potpuno jednake šanse.⁹⁸ U dva gore navedena slučaja Vijeće smatra da ne

89 Odluka CE, 7. februara 2008. g., n°267744.

90 J.-M. Sauvé, saslušanje u Narodnoj skupštini od 23. juna 2009. g.; vladin komesar J.-P. Thellay je dodao da se moglo »učiniti čudnim da je podnosilac zahtjeva uspio uvjeriti u diskriminatorni karakter jedne odredbe, a da to nije mogao postići pozivanjem na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima«, zaključci Državnog vijeća od 7. februara 2008. g., Mme veuve Rahba Bahomar, *RFDA*, – *Revue française du droit administratif* 2008, str. 516.

91 Odluka C.C., déc. 2009-595 DC, § 13.

92 B. Mathieu, saslušanje u Narodnoj skupštini, 23. juni 2009. g.

93 Pierre Bon, La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA* – *Revue française du droit administratif* 2009, str. 1117.

94 Bon 2009 (nap. 93), 1117.

95 Alexis Frank, Les critères objectifs et rationnels dans le contrôle constitutionnel de l'égalité, *RDP* – *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°1-2009, str. 77.

96 Odluka 2009-584 (nap. 10).

97 Odluka 2009-584 (nap. 10), § 5.

98 Odluka 2009-584 (nap. 10), § 12; Dominique Rousseau i Pierre-Yves Gahdoun, Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2009, *RDP* – *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°1-2010, str. 292.

postoji rizik da će oblik organizacije javnog sistema zdravstva proizvesti nejednakost i kada je riječ o korisnicima i kada je riječ o osoblju. Vijeće vrši *in abstracto* kontrolu poštivanja načela jednakosti i, dakle, ne pribjegava ocjeni okolnosti.

Dalje, u *Odluci 2009-594* od 3. decembra 2009. g., koja se tiče *Zakona o regulisanju željezničkog transporta*, činjenica da ne postoji razgraničenje između komercijalnih aktivnosti i aktivnosti vezanih za upravljanje mrežom ne prouzrokuje nejednakost između ekonomskih aktera. Zaista, s obzirom da »zakon nema za cilj da, prije isteka tog roka, otvori mogućnost uspostavljanja konkurentnog sistema prevoza«,⁹⁹ sredstvo kojim se služe podnosioci zahtjeva je nedjelotvorno. Drugim riječima, danas i sve do isteka ugovora koji su u toku, određenog na petnaest godina, Zakonodavac ne namjerava obezbijediti jednakost aktera u ovom sektoru. Dakle, u ovom momentu je uzaludno navoditi kršenje načela jednakosti. Međutim, ono bi moglo biti razmatrano počevši od 2025. g. Dakle, pozivajući se na isticanje važnosti zakona, Vijeće predviđa promjenu u okolnostima i relativizira domet svoje odluke.

Uzimanje u obzir okolnosti i, još preciznije, razlika u situacijama na koje će se primijeniti zakonske odredbe, odražava jednu više materijalnu koncepciju primjene načela jednakosti. Vijeće je također, u *Odluci 2009-588* od 6. avgusta 2009. g., koja se tiče odmora nedjeljom, potvrdilo da ovaj zakon narušava načelo jednakosti, ali je to opravdalo različitim situacijama u kojima se nalaze zaposlenici koji rade u »turističkoj zoni« i oni koji rade u zoni »iznimne potrošnje«. ¹⁰⁰ S druge strane, s obzirom da između Pariza i drugih urbanih aglomeracija »ne postoji nijedna razlika u situaciji koja bi opravdala da ovlast« razgraničavanja onih područja koja se mogu smatrati »turističkim zonama« u jednom slučaju bude povjerena prefektu, a u drugom izabranom predstavniku, Vijeće je sankcionisalo spornu odredbu na osnovu načela jednakosti.¹⁰¹

Naposlijetku, potrebno je dati više prostora odluci Vijeća 2009-599 koja se tiče poreza na ugljendioksid,¹⁰² pod uslovom da sudija pomno

razmotri okolnosti u datom slučaju. Općenito govoreći, načelo jednakosti ne brani Zakonodavcu da reguliše na različit način različite situacije, pa čak i da predvidi, na primjer u oblasti poreza, potpuno izuzeće pojedinih obveznika, sve dok je ova razlika u tretmanu zasnovana na objektivnim i racionalnim kriterijima vezanim za svrhu zakona.¹⁰³ Dakle, nakon što je razmotrilo sva potpuna izuzeća uspostavljena članom 7 *Zakona o finansijama za 2010. g.*, koji predviđa uvođenje novog »poreza na ugljendioksid« u fiskalni sistem Francuske, Vijeće je konstatovalo da su ova izuzeća suprotna svrsi zakona i da, zbog toga, jasno kršenje jednakosti pred vlašću, neminovno prouzrokovano odstupanjem od plaćanja poreza, ne može biti opravdano. Ova odluka je sasvim u skladu sa sudskom praksom.¹⁰⁴ Međutim, ona predstavlja novi korak u primjeni načela jednakosti, utoliko što, kako bi sankcionisalo dispozitiv, u jednom od izuzeća predviđenih zakonom, Vijeće navodi brojke i, naročito, udio industrije u emisiji ugljendioksida – 93 % – za koje su odgovorni industrijski akteri koji su pošteđeni novog poreza. Nakon što je Vijeće cijeno na ovako temeljit način, moguće se zapitati da li će smanjenje – pa čak i za samo nekoliko stupnjeva – gore navedenog udjela izazvati promjenu okolnosti koja će opravdati ponovno razmatranje na osnovu prioritnog pitanja ustavnosti.

2.2 Zaštita autorskih prava i pristup internetu

Od 9. marta 2009. g., kada je usvojen *Zakon br. 2004-204 o prilagodbi prava u skladu sa evolucijom kriminaliteta*, krivotvorenje, zabranjeno članom L.335-2 *Zakona o intelektualnoj svojini* (CPI), kažnjivo je sa tri godine zatvora i 30 000 eura novčane kazne. Od 1992. g., »svaka reprodukcija, prikazivanje ili distribucija, na bilo koji način, jednog intelektualnog djela, koja predstavlja kršenje autorskih prava« (član L.335-3 CPI-a), smatra se krivotvorenjem. Shodno tome, kažnjivi su skidanje i razmjena video i muzičkih fajlova preko interneta, kada to predstavlja kršenje autorskih

¹⁰³ Frank 2009 (nap. 95), 77.

¹⁰⁴ Wanda Mastor, La contribution carbone à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2009: chronique d'une mort - et d'une renaissance - annoncées ?, *AJDA Actualités Juridiques – Droit Administratif*, 2010, 281.

99 Odluka 2009-594 (nap. 14), § 12.

100 Odluka 2009-588 (nap. 13), § 19.

101 Odluka 2009-588 (nap. 13), § 22.

102 Odluka 2009-599 (nap. 49), § 77–83.

prava. Međutim, sudije veoma nerado, čak nika-ko, ne kažnjavaju na tom nivou takozvano »domaće« krivotvorenje.¹⁰⁵

Nacrtom *Zakona o promicanju distribucije i zaštite stvaralaštva na internetu*, koji je Senat konačno usvojio u drugom čitanju 13. maja 2009. g., Vlada i Zakonodavac su željeli prije svega regulisati »problem« domaćeg krivotvorenja putem interneta. Nicolas Sarkozy je već u svom govoru od 23. novembra 2007. g. tvrdio da »internet ne bi smio biti 'divlji zapad' high-tech-a, bespravna zona u kojoj 'razbojnici' mogu slobodno pljačkati autorska djela«.¹⁰⁶ Rješenje koje je odabrano je da se ovo pitanje dekriminalizira i da se moguće kažnjavanje prepusti jednom Nezavisnom administrativnom organu (AAI)¹⁰⁷, Visokoj upravi za distribuciju djela i zaštitu prava na internetu (HADOPI) koje je zamijenilo nekadašnju Regulatornu upravu za tehničke mjere osnovanu *Zakonom DADVS* 2006. g.¹⁰⁸

Ovo visoko tijelo se sastoji od dva organa: kolegija i komisije za zaštitu prava. U nacrtu zakona je komisiji data ovlast da utvrdi i sankcioniše svaki propust izvršenja nove dužnosti nadzora internet veze, predviđene članom 11 Zakona.¹⁰⁹ Nacrt

zakona je tako predvidio odgovor u dvije faze u slučaju propusta: 1) Slanje opomene pretplatniku u kojoj mu se nalaže da nadzire svoj pristup internetu; 2) mogućnost sankcija u slučaju da je zabilježen drugi propust u toku jedne godine. Ta sankcija bi uslijedila nakon parničnog postupka i, zavisno od težine propusta, mogla bi se sastojati od: suspenzije pristupa internetu u trajanju od dva mjeseca do godinu dana, uz zabranu sklapanja ugovora iste vrste sa drugim operaterom, te naloga za preduzimanje mjera kako bi se izbjegli ponovni propusti, naročito tako što će instalirati neko od sredstava zaštite koja se nalaze na listi definisanoj zakonom. Pretplatnik može izbjeći sankcije samo u tri slučaja: ako je prethodno instalirao sredstvo zaštite, ako dokaže da je njegova internet konekcija bespravno korištena, ili u slučaju više sile.

Vijeće ovu obavezu nadzora, vezanu uz protuzakonito skidanje sa interneta, koje ostaje podvrgnuto propisima protiv krivotvorenja, smatra odvojenom od djela krivotvorenja.¹¹⁰ Dakle, bespravno »skidanje« zaštićenog sadržaja nije ono što se ovdje sankcioniše, već činjenica da pretplatnik nije preduzeo sve mjere da spriječi ovu vrstu operacije sa njegove konekcije. Ovo veoma liči na pokušaj da se uđe kroz prozor kada sudije zatvore vrata.

Razmatrajući ovaj zakon na osnovu zahtjeva koji je podnijelo preko šezdeset poslanika, Vijeće je poništilo ovaj administrativni kazneni sistem kao neustavan, i prvenstveno suprotan članovima 9 i 11 *Deklaracije o pravima čovjeka i građanina*.¹¹¹

Preuzimajući obrazloženje principa postavljeno 1999. g.,¹¹² Ustavno vijeće je zaključilo da

autorskim pravom ili srodnim pravom, bez dozvole nosioca pomenutih prava«.

110 Odluka »HadoPi« 2009-580 (nap. 12), § 7.

111 Članovi osiguravaju presumpciju nevinosti i slobodu komuniciranja.

112 Odluka C.C., déc. 99-411 DC, 16. juni 1999.g., § 5: »Prema članu 9 Deklaracije o pravima čovjeka i građanina: "Svaki čovjek se smatra nevinim, sve dok ne bude proglašen krivim; ako se hapšenje smatra neophodnim, svaka nepotrebna strogost mora biti oštro spriječena zakonom"; iz čega proizilazi da, u principu, Zakonodavac ne smije uspostaviti presumpciju krivice u domenu represije; da, međutim, u iznimnim slučajevima, takve presumpcije mogu biti uspostavljene, naročito u

105 Gledaj Jean Cedras, *Le téléchargement illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur, Rapport à Monsieur le Ministre de la Culture et de la Communication*, april 2007. Na primjer TGI de Paris, 21. juni 2006, Pathe Renn Production et autres c/ 9 Telecom Réseaux et autres; TGI de Rennes, 30. novembar 2006, Scpp, Spfp c/ Anne Sophie L.; TGI de Nantes, 11. januar 2007, Syndicat de l'édition vidéo et autres c/ Cynthia C., Sébastien G.; CA de Versailles, 16. mart 2007, Alain O. c/ Sacem et autres.

106 Govor Nicolasa Sarkozyja na temu *Izveštaja Olivennesa o nezakonitom skidanju sa interneta* (dostupan na stranici <http://www.numerama.com/magazine/5691-urgent-le-discours-de-nicolas-sarkozy-accord-olivennes.html>, posjećenoj 10. marta 2010. g.).

107 U članu 5, Zakon govori o *Nezavisnom javnom organu* koji je Ustavno vijeće svojom odlukom prekvalifikovalo u *Nezavisni administrativni organ*; Odluka »HadoPi« 2009-580 (nap. 12), § 4.

108 *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, 3. avgust 2006. g.

109 Ovaj član nameće »svim osobama koje imaju pristup sredstvima javnog komuniciranja putem interneta [...] obavezu da paze da njihova internet konekcija ne bi bila korištena u svrhe reprodukcije, predstavljanja, stavljanja na raspolaganje ili distribucije u javnosti djela ili predmeta zaštićenih

se obrtanjem tereta dokazivanja u ovoj oblasti uspostavila »presumpcija krivice vlasnika pristupa internetu, [koja bi] mogla dovesti do izricanja sankcija kojima se oduzima ili ograničava pravo«. ¹¹³ U svojoj Odluci 99-411 DC od 16. juna 1999. g., Vijeće je prepoznalo ustavnu vrijednost principa koji nalaže, po pitanju kažnjavanja i sankcionisanja, da svako odgovara samo za svoja vlastita djela. ¹¹⁴ Dakle, pretpostavka krivice mora biti jednostavna i lako obratna. U konkretnom slučaju, imajući u vidu poteškoće koje bi pretplatnik imao u dokazivanju da je njegova internet konekcija bila uzurpirana, Vijeće je odlučilo da poništi ovu odredbu.

Međutim, Vijeće nije imalo potrebe da precizira razloge za poništavanje s obzirom da je već konstatovalo da je kompletan »administrativni« postupak kažnjavanja neustavan. Doista, nakon što je pomirilo princip slobode komuniciranja s jedne strane, i imovinsko pravo s druge, Vijeće je odlučilo da Zakonodavac ne može takve ovlasti dati jednom nezavisnom administrativnom tijelu. ¹¹⁵ Da bi došlo do ovog zaključka, Vijeće je najprije eksplicitno priznalo slobodu pristupa sredstvima javne komunikacije preko interneta, koja proizilazi iz slobode komunikacija. Vijeće je, zatim, podsjetilo na fundamentalnu važnost ove slobode za demokraciju. ¹¹⁶ Vijeće na taj način

oblasti prekršaja, ukoliko presumpcija ne postane neoboriva, te ako su ispoštovana prava odbrane i ako činjenice razumno ukazuju na krivicu.«

113 Odluka »Hadopi I« 2009-580 (nap. 12), § 18.

114 Gledaj također odluka C.C., déc. 2004-496 DC, 10. juni 2004. g. u vezi sa odgovornošću vlasnika internet domena.

115 Vijeće ovdje nije poništilo samu ovlast sankcionisanja povjerenu jednom AAI-u, podsjećajući da tu mogućnost ima zakonodavac (odluka »Hadopi I« 2009-580 (nap. 12), § 14). Gledaj u tom smislu, odluka C.C., déc. 88-248 DC, 17. januar 1989. g., § 27; odluka C.C., déc. 89-260 DC, 28. juli 1989. g., § 6; odluka C.C., déc. 2000-433 DC, 27. juli 2000. g., § 50; odluka C.C., déc. 2006-540 DC, 27. juli 2006. g., § 71. Za detaljniju analizu ovlasti krivičnog sankcionisanja od strane AAI-a, gledaj A. Binet-Grosclaude, La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des AAI ?, *Droit pénal*, n°11, novembar 2009. g.

116 Na evropskom nivou, u tom smislu, gledaj presudu Evropskog suda za ljudska prava od 7. decembra

može potvrditi da napadi na ostvarivanje tog prava moraju biti neophodni, primjereni i srazmjerni cilju. ¹¹⁷ Vijeće stoga svojim zahvatom ostvaruje punu kontrolu proporcionalnosti. ¹¹⁸

Otkako je 2004. g. prihvatilo da su »zaštita intelektualne svojine« ¹¹⁹ i njen pandan »borba protiv krivotvorenja na internetu« ¹²⁰ u opštem interesu, ¹²¹ Vijeće je potvrdilo potrebu za mjerama zaštite. Međutim, može se reći da »usklađenost« ove procedure predstavlja problem Vijeću. Činjenica da svačije »pravo na slobodno izražavanje i komunikaciju, naročito iz svog doma« može biti ograničeno, bez prethodne intervencije sudskih organa, nije u skladu sa »prirodom slobode zagarantovane članom 11 Deklaracije iz 1789. g.«. ¹²² Prema mišljenju Aurélie Binet-Grosclaude, ova odluka, zapravo, implicitno potvrđuje postojanje sloboda koje su iznad drugih, i koje, u ovom slučaju, zahtijeva sudsku intervenciju. Sud time postaje čuvar slobode izražavanja. ¹²³

Nakon odluke Vijeća, nije ostalo ništa od moći Komisije za prava HADOPI da sankcionise

1976. g., *aff. Handyside c. Royaume-Uni*, §49: »Sloboda izražavanja čini jedan od temelja takvog društva [demokratskog], jedan od preduslova za njegov napredak i razvoj«.

117 Odluka »Hadopi I« 2009-580 (nap. 12), § 15. Gledaj u vezi s tim također: odluka C.C., 2008-562 DC, 21. februar 2008. g., koja se tiče slobode pojedinca, slobode kretanja i poštivanja privatnosti. Vijeće je već odredilo kriterij za ocjenjivanje adekvatnosti mjere, blizak onome za prilagođenost. U tom smislu gledaj odluka C.C., déc. 2005-528 DC, 15. decembar 2005. g., § 15.

118 Gledaj Valérie Goessel-Le Bihan, Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale, *Petites affiches*, n°46, 5. mart 2009. g., str. 62–69.

119 Odluka »Hadopi I« 2009-580 (nap. 12), § 13.

120 Odluka »Hadopi I« 2009-580 (nap. 12), § 15.

121 Odluka C.C., déc. 2004-499 DC, 29. juli 2004. g., § 13. Ovdje je zaštita intelektualne svojine direktno povezana sa pravom na svojinu, utoliko što se njegovo polje primjene proširilo na »nove domene« (napomenuto u odluci C.C., déc. 2006-540 DC, 27. juli 2006. g., § 15).

122 Odluka »Hadopi I« 2009-580 (nap. 12), § 16.

123 Aurélie Binet-Grosclaude, La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des AAI ?, *Droit pénal*, n°11, novembar 2009. g., §18.

one koji propuste da nadziru svoju internet komunikaciju, kao što je predviđeno u nacrtu zakona. Zakonodavac je uzeo u obzir ovu odluku pri razmatranju nacrta *Zakona o krivičnoj zaštiti literarne i umjetničke svojine na internetu*.

Iz samog naslova nacrta zakona se vidi da je došlo do promjene registra. Sa mogućnosti sankcionisanja od strane administrativnog tijela prešlo se na kažnjavanje u skladu sa krivičnim zakonom.

Prva novina koju je uveo ovaj zakon jeste uspostavljanje nove kazne komplementarne suspenziji pristupa servisu javne komunikacije putem interneta. Ova kazna je jednako povezana sa djelom krivotvorenja predviđenim članovima L.335-2, L.335-3 i L.335-4 *Zakona o intelektualnoj svojini* (CPI) kao i sa djelima pete klase predviđenim CPI-em. U vezi sa ovim posljednjim, komplementarna kazna je primjenjiva samo u slučaju »krajnjeg nehata« pretplatnika kome je Komisije za prava HADOPI najprije uputila »preporuku upotrebe sredstva zaštite pristupa internetu«. ¹²⁴ Zato je još važnije napomenuti da, u oba slučaja, primjena komplementarne kazne »sama po sebi ne utiče na obavezu plaćanja pretplate na servis«, ¹²⁵ te da bi svi »suspendovani« korisnici koji pokušaju sklopiti ugovor sa drugim provajderom mogli biti kažnjeni sa dvije godine zatvora i novčanom kaznom od 30.000 Eura, u skladu sa članom 434-41 Krivičnog zakona dopunjenog ovim zakonom.

Kada je riječ o komplementarnoj kazni vezanoj za djelo krivotvorenja, Vijeće napominje da, u oblasti sankcionisanja i kažnjavanja, ono može vršiti kontrolu samo u slučaju očite pogreške Zakonodavca koja se sastoji od mogućeg »očiglednog nesrazmjera između djela i zapriječene kazne«. ¹²⁶ Vijeće zatim prihvata, bez dodatnog objašnjenja, da uspostava takve komplementarne kazne ne narušava princip »neophodnosti u propisivanju i izricanju krivičnih sankcija«. ¹²⁷

U slučaju kazni za djela iz pete klase, Vijeće je, napominjući da njegova nadležnost ne pokriva ocjenu ustavnosti propisa, prosljedilo nadležnim organima ocjenu proporcionalnosti kazne koja se

može razmatrati samo »u odnosu na zbir elemenata koji čine djelo [definisanih od strane regulatorne vlasti] koje se kaznom suzbija«. ¹²⁸ Problem će se na kraju svesti na mogućnost određivanja lične odgovornosti za glavni prekršaj. U presudi od 23. februara 2009. g., sud u Guingamp-u odlučio je da IP adresa nije dovoljna kako bi se ustanovila krivica korisnika interneta. Također, u studiji objavljenoj 9. juna 2008. g., ¹²⁹ dva profesora i jedan student sa Univerziteta u Washingtonu su uspjeli uvjeriti kako je printer bio taj koji je skidao zaštićene fajlove sa interneta.

Konačno, u alineji 22 preambule, Vijeće je odmah potvrdilo da je obaveza suspendovanog korisnika da nastavi plaćati pretplatu »zasnovana na činjenici da pretplatnik snosi posljedice nepoštivanja ugovora«, kao i da ova obaveza ne predstavlja »niti kaznu niti sankciju kaznenog karaktera«. U tom slučaju, ova obaveza ne krši niti jedno ustavno načelo. U martu iste godine, Vijeće je već presudilo da »prelevman na finansijska sredstva stambenih ustanova sa socijalnim najamninama [...] ne predstavlja sankciju kaznenog karaktera« jer »nema za cilj kazniti neispunjavanje obaveza određenih zakonom ili propisom«. ¹³⁰ Vijeće je ovdje koherentno u pogledu ove materije, iako bismo voljeli da je ponudilo potpunije obrazloženje prirode kazne ili sankcije kaznenog karaktera.

Drugu novinu predstavlja činjenica da su djela krivotvorenja stavljena na listu djela koja su u nadležnosti suda za prekršaje, kojeg predstavlja jedan sudija, kao i to da žrtva ima mogućnost zatražiti od suda da odlučuje putem kaznenog naloga. U vezi s tim, važno je napomenuti da se argumentacija članova Parlamenta, podnosioca zahtjeva, više ticala ustavnosti postupka u kojem sudi jedan sudija, nego njegove primjenjivosti na djelo krivotvorenja. Vijeće je s lakoćom odbacilo prigovore upućujući na svoju odluku od 29. avgusta 2002. g., u kojoj je o tome moglo odlučivati. ¹³¹ Na kraju, Vijeće je poništilo samo negativnu

¹²⁸ Odluka »*Hadopi II*« 2009-590 (nap. 51), § 28.

¹²⁹ Michael Piatek, Tadayoshi Kohn, Arvind Krishnamurthy, *Challenges and Directions for Monitoring P2P File Sharing Networks – or – Why My Printer Received a DMCA Takedown Notice*, University of Washington Technical Report, 9. juni 2008. g. (http://dmca.cs.washington.edu/uwcse_dmca_tr.pdf).

¹³⁰ Odluka 2009-578 (nap. 11), § 4.

¹³¹ Odluka C.C., déc. 2002-461 DC, 29. avgust 2002. g.

¹²⁴ Član 8, kojim se umeće član L. 335-7-1 u CPI.

¹²⁵ Član L. 335-7 i L. 335-7-1 CPI.

¹²⁶ Odluka »*Hadopi II*« 2009-590 (nap. 51), § 20.

¹²⁷ »Principe de nécessité des peines«. *Prim. prev.*

nadležnost Zakonodavca u smislu da u okviru ovog pojednostavljenog postupka nije predvidio način osporavanja kaznenog naloga od strane žrtve.¹³²

Sa francuskog originala prevodila
Asja Žujo.

Predstavitev autora

Xavier Aurey asistent je predavač na pravnom fakultetu Univerze Caen Basse-Normandie i doktorski student na Univeri Paris 2 Pantheon-Assas. Nedavno objavio je: *"Le droit international pénal de la bioéthique"*, u: *Droit international pénal, Hervé Ascencio, Emmanuel Decaux, Alain Pellet (Eds.), 2nd Ed., Pédone (2011)*; *"L'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale"*, u: *Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Julian Fernandez, Xavier Pacreau (Eds.), Pédone (2010; www.commentaire-cpi.com)*; *"The Universal Declaration of Human Rights and Armed Conflicts: from Fragmentation to Complexity"*, *Annuaire Brésilien de Droit International, vol.4-2, 2009, 48–67.*

Aurore Catherine asistentka je predavačica i doktorska studentica na pravnom fakultetu Univerze u Caen Basse-Normandie. Između njenih objava: *"Les droits du patient à l'épreuve des politiques économiques de santé"*, *Santé et droit, Les Etudes hospitalières (Oktobar 2010.)*, i *"L'assimilation de l'embryon à l'enfant ?"*, *Les cahiers de la recherche en droits fondamentaux, n°5, 2006, 79–96.*

Anne-Sophie Denolle asistentka je predavačica i doktorska studentica na pravnom fakultetu u Caen Basse-Normandie. Nedavno objavila je: *"Les marges de manœuvre des maires face à l'application des Plans de Prévention du Risque Inondation"*, *Revue en ligne Risques Etudes et Observations (RISEO), n°1, 2010 (u suradnji s Johnnyjem Douvinetom).*

Marie Rota asistentka je predavačica na pravnom fakultetu u Le Havru i doktorska studentica na Univerzi Caen Basse-Normandie. Nedavno

objavila je: *"La déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention Américaine des Droits de l'Homme : principale source des droits garantis ?"*, *Les cahiers de la recherche en droits fondamentaux, n°7, 2009, 63–71*; *"La réforme du Conseil de Sécurité de l'ONU, une perspective sud-américaine"*, *Observateur des Nations Unies, vol. 24, 2009 (u suradnji s Leonardom Nemer C. Brantom); i u Revusu "Sodna praksa Medameriškega sodišča za človekove pravice. Kronika za leto 2008"*, *Revus – European Constitutionality Review (2009) 9, 129–138 (www.revus.eu).*

Antoine Siffert je doktorski student na pravnom fakultetu u Le Havru. Diplomirao je na Institut d'Etudes Politiques u Strasbourg.

Vincent Souty asistent je predavač na pravnom fakultetu u Le Havru i doktorski student na Univerzi Caen Basse-Normandie. Nedavno objavio je: *"La res judicata dans l'Affaire du Génocide (C.I.J. arrêt du 27 février 2007)"*, *Anuário Brasileiro de Direito Internacional III, vol. 2, 2008*; *"Comentário do Artigo 2 paragrafo 6"*, in: *Comentário da Carta das Nações Unidas, Leonardo Nemer C. Brant (Ed.), Belo Horizonte, Del REY, 2008, pp. 113–121 (u suradnji sa Mario Rota); i u Revusu "Nova razdelitev oblasti v bolivijski ustavi"*, *Revus – Revija za evropsko ustavnost (2009) 9, 139–146 (www.revus.eu).*

Predstavitev prevoditeljice

Asja Žujo, rođena u Sarajevu. U Sjedinjenim Američkim Državama diplomirala francuski jezik, potom završila pravo. Radila na Haaškom tribunalu. Sada radi u Sarajevu.

¹³² Odluka »Hadopi II« 2009-590 (nap. 51), § 14.

Xavier Aurey, Aurore Catherine, Anne-Sophie Denolle, Marie Rota, Antoine Siffert, Vincent Souty

Chronique de jurisprudence constitutionnelle française

Janvier 2009 – décembre 2009

En 2009, le Conseil constitutionnel français a affiné sa jurisprudence relative aux principes d'intelligibilité de la loi et de sincérité et clarté du débat parlementaire, au principe de séparation des compétences, tout en faisant une utilisation très large de ses réserves d'interprétations. Néanmoins, on ne peut réduire l'intérêt de l'étude de la jurisprudence du Conseil aux seuls aspects formels. Des décisions importantes concernant la substance des droits protégés par la Constitution ont été adoptées, qui concernent tant le principe d'égalité que la lutte contre la contrefaçon sur Internet. La Chronique est publiée en français (la version française paraîtra aussi aux *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, Presses de l'Université de Caen) et en traduction bosniaque assurée par Asja Žujo.

Mots-clés: principe d'intelligibilité de la loi, principe de sincérité et clarté du débat parlementaire, principe de séparation des compétences, réserves d'interprétation, principe d'égalité, Internet

De mars 2009 à décembre de cette même année, le Conseil constitutionnel a consacré une partie substantielle de sa jurisprudence à l'examen des textes permettant l'application de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. À ce titre, le Conseil dégage d'ailleurs un nouvel objectif de valeur constitutionnelle¹, celui de l'indépendance des médias², directement issu de la réforme de 2008 et de la nouvelle rédaction de l'article 34 de la Constitution qui renvoie à « la

liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias »³. Par ailleurs, dans la décision concernant l'importante loi organique relative à la question prioritaire de constitutionnalité, issue du nouvel article 61-1 de la Constitution, le Conseil qualifie pour la première fois la bonne administration de la justice d'objectif de valeur constitutionnelle (OVC)⁴.

Autre nouveauté, dans sa décision n° 2009-579⁵, le Conseil semble opérer un revirement en

1 Sur cette question des OVC, cf. Xavier Aurey, Anne-Sophie Denolle, Marie Rota et Vincent Souty, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle française janvier 2007 – mars 2008 », *Les cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°6, 2008, pp. 175 ss ; « Kronika francoskega ustavnega prava », *Revus – Revija za evropsko ustavnost* (2008) 7, pp. 101 ss (www.revus.eu).

2 C.C., déc. 2009-577 DC, 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, (ci-après *déc. communication audiovisuelle*), cons. 3.

3 Sur ce point : R. Ghevontian, S. Lamouroux, O. Le Bot et E. Kerviche, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2009/3, n°79, p. 590 ; L. Baghestani, A.-L. Cassard-Valembos, et L. Janicot, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°7 », *Petites Affiches*, 2009, n° 153, p. 11 ;

4 C.C., déc. 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 4.

5 C.C., déc. 2009-579 DC, 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*.

ce qu'il vise, au même titre que les observations du gouvernement, les observations présentées par soixante-dix-neuf députés, alors qu'il les déclarait irrecevables depuis une décision de 1992⁶, un revirement qui s'explique lui-aussi, selon L. Janicot, par la nouvelle procédure d'examen *a posteriori* de la conformité des lois à la Constitution⁷.

L'influence de la réforme de 2008 s'est également fait sentir dans les techniques de contrôle du Conseil (I) qui en a profité pour affiner sa jurisprudence relative aux principes d'intelligibilité de la loi et de sincérité et clarté du débat parlementaire (A), au principe de séparation des pouvoirs (B), tout en faisant une utilisation très large de ses réserves d'interprétations (C). Néanmoins, on ne peut réduire l'intérêt de l'étude de la jurisprudence du Conseil aux seuls aspects formels. Des décisions importantes concernant la substance des droits protégés par la Constitution ont été adoptées (II), qui concernent tant le principe d'égalité (A) que la lutte contre la contrefaçon sur Internet (B).

1 Les techniques de contrôle

1.1 Intelligibilité de la loi et sincérité et clarté du débat parlementaire

Le principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire et l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi s'inscrivent tous deux dans l'optique de la consolidation de l'État de droit démocratique. Le premier doit permettre l'émergence de la volonté générale à travers l'expression d'un débat où les partis d'opposition pourront faire entendre leur voix ; le second concerne la possibilité pour le citoyen de comprendre la norme et de participer aussi au respect de l'État

de droit. Le Conseil constitutionnel s'adresse alors au législateur et s'intéresse au travail parlementaire d'élaboration de la loi.

Consacré d'abord dans la décision 99-421 du 16 décembre 1999, l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi est très fréquemment invoqué par les requérants devant le Conseil et relié au problème de l'incompétence négative, les parlementaires requérants estimant que lorsque le pouvoir législatif renvoie le soin au pouvoir réglementaire de compléter la norme, cela nuit à l'intelligibilité de la loi. Le Conseil le rappelle d'ailleurs dans la décision 2009-592 portant sur la loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, il s'agit de « prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »⁸.

C'est ainsi que le Conseil censure, dans la décision 2009-584, loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, l'article 17 de la loi, qui renvoyait à la Cour des comptes la coordination des modalités de certifications des établissements de santé par les commissaires aux comptes, coordination elle-même fixée par voie réglementaire⁹. Le Conseil se fonde sur l'OVC d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi pour censurer cette disposition qui ne permet pas de fixer les limites du pouvoir de la Cour de compte. Il en profite pour rappeler le fondement textuel auquel il se rattache pour justifier cet OVC : il s'agit des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC).

Dans les autres décisions étudiées, le Conseil se contente de rappeler la signification concrète de l'OVC, et rappelle que l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi impose au législateur d'adopter « des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »¹⁰ ; il rejette le grief

6 C.C., déc. 92-305 DC, 21 février 1992.

7 L. Baghestani, A.-L. Cassard-Valembos, et L. Janicot, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°7 (suite et fin) », *Petites affiches*, 2009, n° 155, pp. 9 ss. : « La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ne rendait pas nécessaire cette évolution, puisqu'elle n'impose le respect des exigences du procès équitable que dans le cadre du contrôle *a posteriori* des lois. Mais, elle l'explique peut-être, dans la mesure où elle devrait conduire à renouveler les réflexions qui ont déjà pu être engagées sur la procédure suivie devant le Conseil, auxquelles ce dernier ne peut que prendre part ».

8 C.C., déc. 2009-592 DC, 19 novembre 2009, *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*, cons. 6.

9 C.C., déc. 2009-584 DC, 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires* (ci-après *déc. loi HPST*), cons. 29.

10 C.C., déc. n° 2009-578 DC, 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et de lutte contre l'exclusion*, cons. 24.

des requérants en considérant que les dispositions contestées ne portent pas atteinte à cet objectif : dans la décision 2009-580, la distinction entre l'obligation de surveillance de l'accès à internet et le délit de contrefaçon¹¹ ; dans la décision 2009-588, celle entre commune touristique et zone touristique¹² ; dans la décision 2009-594, l'imprécision de la loi ne méconnaît pas l'objectif d'intelligibilité de la loi dès lors que cette même loi fait référence à une convention pluriannuelle de rémunération signée entre la RATP et le Syndicat des transports d'Île-de-France qui permettra de clarifier et déterminer les obligations réciproques des cocontractants¹³.

Le principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire est récent, puisque l'expression apparaît dans la décision 2005-526 du 13 octobre 2005, même si on peut relever une première occurrence, annonciatrice du principe, dans la décision 2005-512 du mois d'avril 2005¹⁴. On en observe néanmoins une utilisation croissante, notamment au cours de la période étudiée. Le Conseil est en effet venu préciser sa jurisprudence et a censuré à plusieurs reprises les textes qui lui étaient soumis au nom du respect du principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

Il apparaît même en tant que norme de référence¹⁵ des décisions 2009-581 et 2009-582 qui

portent sur des résolutions tendant à modifier les règlements respectivement de l'Assemblée nationale et du Sénat. Le Conseil vient ici poser à deux reprises un considérant de principe, repris à l'identique dans les deux décisions, dans lequel il confirme le rattachement du principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire à une lecture combinée des articles 6 de la DDHC et 3 de la Constitution, un rattachement, assez artificiel, illustrant, sans doute, un réflexe positiviste dont on pourrait finalement discuter l'opportunité¹⁶.

L'affirmation de ce principe a pour but principal de permettre à l'opposition de s'exprimer lors des débats, on se rattache ici à l'idée du pluralisme de l'expression des idées politiques, l'instauration d'un véritable débat étant propice à l'émergence de la volonté générale.

Dans la décision 2009-581 portant sur la résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée, le Conseil prononce ainsi la censure de l'article 38 de cette résolution en soulevant le fait qu'elle aurait pu avoir pour conséquence d'interdire aux groupes d'opposition de s'exprimer¹⁷. Par ailleurs, si le Conseil valide les différentes dispositions visant à limiter le temps de parole des orateurs à deux minutes, c'est sous la réserve que le président de séance applique cette limite en « veillant au respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire »¹⁸.

D'autres réserves d'interprétation sont également posées en vue du respect du principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Ainsi, l'article 26 de la résolution qui modifie les conditions dans lesquelles les commissions parlementaires organisent la publicité de leurs travaux et modifie l'article 46 du règlement de l'Assemblée doit être lu à la lumière de ce principe de clarté et de sincérité et le Conseil précise que

11 C.C., déc. 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* (ci-après *déc. Hadopi I*), cons. 7.

12 C.C., déc. n° 2009-588 DC, 6 août 2009, *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires* (ci-après *déc. Repos dominical*), cons. 7.

13 C.C., déc. 2009-594 DC, 3 décembre 2009, *Loi relative à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports* (ci-après *déc. Transports ferroviaires*), cons. 11.

14 C.C., déc. 2005-526, 13 octobre 2005, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 5 et C.C., déc. 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, cons. 4.

15 Par ailleurs, le Conseil détaille, dans le §2 commun aux deux décisions, les normes de référence en matière de contrôle des résolutions modifiant les règlements des assemblées : il s'agit de la Constitution, mais également des lois organiques auxquelles elle renvoie, et enfin des mesures législatives prises pour son application.

16 C.C., déc. 2006-537 DC, 22 juin 2006, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 10.

17 C.C., déc. 2009-581 DC, 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 28 et 29. La résolution prévoyait la possibilité pour le Président de clore un débat après que quatre orateurs issus de groupe d'opposition ou minoritaire se soient exprimés.

18 *Idem*, cons. 20. On observera que le Conseil avait déjà posé une réserve d'interprétation sur la limite du temps de parole dans sa décision 2006-537, 22 juin 2006, cons. 10.

le travail en commission doit faire l'objet d'un compte-rendu détaillé¹⁹. En outre, toujours en ce qui concerne le travail en commission, le Conseil précise que la possibilité reconnue au président de la commission de déroger au délai de droit commun pour le dépôt des amendements devra être conciliée avec les exigences du principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire²⁰.

Dans la décision 2009-582, résolution tendant à la modification du règlement du Sénat, le Conseil ne censure aucune disposition sur la base du non-respect de ce principe. Néanmoins, il n'est pas totalement absent puisque l'article 15 de la résolution est déclaré contraire à la Constitution en tant qu'il empêcherait la tenue d'un débat d'orientation en séance publique sur un projet de texte avant son examen par la commission à laquelle il a été renvoyé²¹.

Par ces décisions, le Conseil pose également des jalons qui lui permettront, à l'avenir, d'examiner la constitutionnalité des lois qui lui seront soumises, au regard non seulement du contenu normatif des textes, mais encore de leur procédure d'édiction. À titre d'exemple de censure concrète, on peut citer, même si elle est antérieure aux deux déjà mentionnées, la décision 2009-578, concernant la loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion. Le Conseil censure deux dispositions de la loi²², introduites par voie d'amendement, pour n'avoir aucun lien avec le projet de loi déposé²³. Par là, le Conseil raccroche l'interdiction des cavaliers législatifs avec le principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire : la discussion d'un projet de loi ne doit pas, sous peine de nuire au débat nécessaire à l'élaboration de la norme dans une société démocratique, être polluée par l'insertion d'amen-

dements au projet initial n'ayant aucun rapport avec l'objet du texte présenté. Ce rattachement du principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire avec l'interdiction des cavaliers législatifs pose finalement la question de l'intérêt de ce nouveau principe, et on imagine mal le Conseil prononcer la censure de dispositions législatives en se fondant uniquement sur le non respect des temps de paroles des parlementaires en commission.

1.2 La séparation des pouvoirs

Le Conseil Constitutionnel prend acte de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 dans son examen de la loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision²⁴.

En effet, la nouvelle procédure de nomination des présidents de France Télévisions, Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France, est soumise à l'article 13 de la Constitution²⁵, article modifié lors de la révision constitutionnelle de 2008. Désormais, une procédure d'avis de la commission compétente de chaque assemblée est requise en ce qui concerne certaines nominations par le Président de la République. Or, la loi déferée prévoit, en sus, un second avis, l'avis conforme du CSA²⁶. Les

19 *Id.*, cons. 12.

20 *Id.*, cons. 34 et 35, ainsi que 44, en matière de loi de finance.

21 C.C., déc. 2009-582, 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat*, cons. 30.

22 L'article 115 relatif à l'obligation pour les occupants de tout logement d'y installer un détecteur de fumée ; l'article 123 avait pour objet l'extension de certaines parties du CGCT aux communes de Polynésie française.

23 C.C., déc. 2009-578, 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, cons. 30 et suivants.

24 C.C., déc. 2009-577 DC, 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*.

25 Le Conseil relève à cet égard que le choix de soumettre la nomination à cette procédure visait à « garantir l'indépendance des sociétés nationales de programme et concourir ainsi à la mise en œuvre de la liberté de communication » (C.C., déc. 2009-576, 3 mars 2009, *Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*, cons.4), justifiée par « l'importance de ces emplois pour la garantie des droits et libertés » (C.C., déc. *Communication audiovisuelle*, cons. 7).

26 Cette compétence relevait auparavant uniquement des pouvoirs du CSA ; les auteurs de la saisine invoquaient alors que ce transfert de pouvoir vers l'exécutif porterait atteinte à « la liberté de communication, garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, l'objectif constitutionnel du pluralisme des courants de pensées et d'opinions ainsi que, par voie de conséquence, les nouvelles dispositions de l'article 34 de la Constitution ». Le Conseil refuse en revanche de le considérer dans la mesure où ce

auteurs de la saisine allèguent alors une violation de cet article 13 de la Constitution, qui prévoit la seule consultation des commissions parlementaires compétentes. Néanmoins, le Conseil refuse d'interpréter cette nouveauté comme interdisant « au législateur de fixer ou d'ajouter [...] des règles encadrant le pouvoir de nomination du Président de la République afin de garantir l'indépendance de ces sociétés et de concourir ainsi à la mise en œuvre de la liberté de communication », dans la mesure où elles respectent, notamment, le principe de la séparation des pouvoirs, ce qu'il fait en l'espèce²⁷. On peut remarquer à cet égard que ce principe fait l'objet d'une « mobilisation sans précédent », qui montre la volonté du Conseil de réaffirmer son double rôle : celui de « gardien des droits et des libertés dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité des lois » mais aussi de garant de « l'équilibre entre les pouvoirs publics »²⁸.

La décision 2009-577 *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision* en est un exemple très révélateur, puisque le Conseil va se fonder à deux reprises sur le principe de la séparation des pouvoirs pour sanctionner des dispositions de ladite loi. Tout d'abord, il l'utilise pour censurer son article 14, qui soumettait cette fois-ci la révocation des Présidents à un avis conforme des commissions parlementaires, alors qu'un tel droit n'a été consacré – en vertu de l'article 13 de la Constitution modifié – qu'à l'égard de leurs nominations. Or, cette disposition octroie un droit de veto aux commissions parlementaires, dans la mesure où elles peuvent s'opposer aux nominations du Président de la République à la majorité des trois cinquièmes²⁹. Elle s'analyse donc comme une déroga-

tion au principe de séparation des pouvoirs, et ne peut être que d'interprétation stricte. Le Conseil a par conséquent censuré la loi sur ce fondement³⁰, estimant qu'il s'agissait d'une véritable immixtion du pouvoir législatif dans le pouvoir de l'exécutif au titre des révocations³¹. La possibilité d'une intervention du Parlement dans la procédure de révocation n'est cependant pas rejetée, puisque le Conseil considère qu'un avis simple de ces commissions est suffisamment respectueux du principe de séparation des pouvoirs³².

Le Conseil va d'ailleurs donner une portée maximale à ce principe puisqu'il censure une autre disposition – le deuxième alinéa du 3° de son article 25 de la loi déferée – aux motifs qu'elle empiétait sur le domaine réglementaire³³. Or, il écartait jusque là cette possibilité, considérant que l'exécutif disposait de moyens d'actions pour assurer cette protection (les procédures des articles 37 al. 2 et 41 de la Constitution)³⁴ ; il procédait alors au déclassement des dispositions litigieuses³⁵. Cette décision semble donc bien opérer un revirement en la matière, l'empiètement

mission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions ».

pouvoir du Président est soumis à l'avis conforme de ladite autorité (considérant 8 de la décision), garantie suffisante à la préservation de ces droits. Sur ce point : R. Ghevontian, S. Lamouroux, O. Le Bot et E. Kerviche, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2009/3, n°79, p. 590.

27 C.C., déc. 2009-577 DC, 3 mars 2009, cons. 9.

28 L. Baghestani, A.-L. Cassard-Valembos, et L. Janicot, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°7 (suite et fin) », *Petites affiches*, 2009, n° 155, p.10.

29 L'article 13 de la Constitution prévoit en effet que le Président ne peut procéder aux nominations si « l'addition des votes négatifs dans chaque com-

30 C.C., déc. 2009-577 DC, 3 mars 2009, cons. 13.

31 R. Ghevontian, S. Lamouroux, O. Le Bot et E. Kerviche, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2009/3, n°79, p. 595.

32 C.C., déc. 2009-577 DC, 3 mars 2009, cons. 14. Il formule une réserve d'interprétation pour procéder à ce changement de qualification de l'avis, et ainsi rendre la disposition conforme à la Constitution ; cf. *infra* en ce qui concerne les réserves d'interprétation.

33 En effet, cette disposition prévoyait la possibilité pour les commissions parlementaires de « formuler un avis sur ce cahier des charges dans un délai de six semaines ». Or, « dès lors que le cahier des charges était » fixé par décret, tout projet de cahier des charges constituait un projet d'acte réglementaire », « Commentaire de la Commentaire de la décision n° 2009-577 DC – 3 mars 2009, loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°26, pp. 17-18. Le Conseil en conclut que « la loi déferée fait intervenir une instance législative dans la mise en œuvre du pouvoir réglementaire ; qu'il doit donc être déclaré contraire à la Constitution » (cons. 31).

34 C.C., déc. 82-143 DC, 30 juillet 1982.

35 C.C., déc. 2005-512 DC, 21 avril 2005.

de la loi sur le domaine réglementaire s'analysant dorénavant comme un véritable motif d'inconstitutionnalité³⁶.

Cette prise de position est confirmée dans la décision 2009-579 à propos de la *loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*³⁷, dans laquelle le Conseil affirme que le « principe de séparation des compétences du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire », empêchait le législateur organique de soumettre le gouvernement à une obligation « d'informer le Parlement sur les orientations principales et le délai prévisionnel de publication des dispositions réglementaires qu'il doit prendre dans l'exercice de la compétence exclusive qu'il tient des articles 13 et 21 de la Constitution »³⁸. Le Conseil confirme donc bien son changement de conception du principe de séparation des pouvoirs, qui s'accompagne dorénavant du principe – de valeur constitutionnelle ? – de séparation des compétences.

Cette nouvelle approche du principe de séparation des pouvoirs, qui « rappelle le Conseil constitutionnel des premiers temps, celui qui s'employait avant tout à protéger l'exécutif du Parlement », est perçue comme dangereuse en ce qu'elle serait de nature à « amoindrir la protection des libertés »³⁹. En effet, dans la décision *Communication audiovisuelle*, le Conseil refuse de soumettre le pouvoir de révocation du Président de la République à l'avis conforme des commissions parlementaires, alors que cette procédure était censée constituer une garantie supplémentaire, visant à protéger la liberté d'expression et, plus particulièrement, l'indépendance des médias (nouvellement consacrée comme objectif de valeur constitutionnelle)⁴⁰. En outre, elle déna-

ture la conception traditionnelle du principe de séparation des pouvoirs, et fait fi de « la faculté d'empêcher [qui en] est au cœur »⁴¹.

Cette évolution s'expliquerait, d'après Laetitia Janicot, par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, et la volonté du Conseil de donner toute son ampleur aux nouvelles compétences conférées au pouvoir législatif. Cette attitude aboutit néanmoins « à une situation quelque peu paradoxale » puisque le Conseil s'applique à protéger l'exécutif au détriment du Parlement, qui a pourtant vu ses pouvoirs renforcés par le constituant⁴².

Pour ce qui est, au contraire, de l'immixtion du pouvoir réglementaire dans le domaine de la loi, le Conseil rappelle sa jurisprudence traditionnelle qui impose au législateur qui délègue sa compétence au Gouvernement sur le fondement de l'article 38 de la Constitution de limiter cette délégation dans le temps, de prévoir un dépôt d'un projet de loi de ratification et de définir avec précision « la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention »⁴³.

Le Conseil fait encore une application traditionnelle du principe de séparation des pouvoirs, cette fois-ci dans son volet horizontal, dans la décision 2009-587 *Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*⁴⁴. Le Conseil considère en effet que les présidents du Sénat ou de l'Assemblée Nationale ne peuvent « décider de réduire le délai de consultation du Congrès de Nouvelle-Calédonie » sur les propositions de loi comportant des dispositions particulières à la Nouvelle-Calédonie (en vertu de l'article 77 de la Constitution) sans violer ce principe⁴⁵.

36 Sur ce point, cf. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier, « Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2009, pp. 580 ss.

37 C.C., déc. 2009-579 DC, 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*.

38 C.C., déc. 2009-579 DC, 9 avril 2009, cons. 16. Il fait également un certain nombre de réserves qui ont toutes pour but de préserver ce principe cf. *infra*.

39 P. Wachsmann, « La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », *AJDA*, 2009, p. 617.

40 P. Wachsmann, « La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », *AJDA*, 2009, p. 617, et L. Baghestani, A.-L. Cassard-Valembos, et L. Janicot, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°7 (suite et fin) », *Petites affiches*, 2009, n° 155, p. 11.

41 P. Wachsmann, « La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », *AJDA*, 2009, p. 617.

42 L. Baghestani, A.-L. Cassard-Valembos, et L. Janicot, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°7 (suite et fin) », *Petites affiches*, 2009, n° 155, p. 9.

43 C.C., déc. *loi HPST*, cons. 22.

44 C.C., déc. 2009-587 DC, 30 juillet 2009, *Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*.

45 C.C., déc. 2009-587 DC, 30 juillet 2009, cons. 16.

Enfin, le Conseil veille toujours à ce que la répartition des compétences entre la loi organique, la loi de finances et la loi ordinaire, soit bien respectée. Dans trois de ses décisions relatives à l'examen de lois organiques⁴⁶ et dans deux décisions relatives à l'examen de lois de finances⁴⁷, il relève en effet que certaines de leurs dispositions relèvent du domaine de la loi ordinaire et opère donc leur déclassement. On peut en revanche relever que lorsque c'est au contraire la loi ordinaire qui s'immisce dans le domaine de la loi de finances, le Conseil censure d'office la disposition concernée⁴⁸.

1.3 Les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a rendu cette année encore un grand nombre de décisions dans lesquelles il valide la loi ou les dispositions législatives sous couvert de réserves d'interprétation.

Dans sa décision 2009-590 du 22 octobre 2009 relative à la *Loi sur la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*⁴⁹, le Conseil rappelle que ses prérogatives en matière d'interprétation d'une disposition législative dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité de la loi restent relativement limitées⁵⁰. Il ne doit pas se substituer au législateur. Il ne peut interpréter une disposition législative que dans la mesure où cela s'avère nécessaire au contrôle qu'il est appelé à effectuer. En l'espèce, le Conseil estime que c'est au juge judiciaire d'apprécier

au cas par cas « *si un supplément d'enquête ou d'instruction est nécessaire* », et si les éléments de preuve sont suffisants pour décider de la culpabilité des personnes mises en cause, et de déterminer leur peine. Ainsi, le Conseil constitutionnel n'est ni colégislateur, ni juge de l'espèce. Il rappelle que son rôle est strictement limité. Pour autant, on constate dans bon nombre de décisions que la frontière est parfois mince entre le strict contrôle de constitutionnalité de la loi et le travail législatif lorsqu'il utilise la technique de la réserve d'interprétation.

En effet, dans la plupart de ses réserves, le Conseil vient préciser, voire compléter, le travail législatif. C'est ce qu'il fait dans sa décision 2009-595 du 3 décembre 2009 sur la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution⁵¹. Le législateur organique dispose, à l'article 23-3 de la loi, que la Cour de cassation peut statuer définitivement sur un pourvoi alors même que le Conseil constitutionnel n'a pas encore statué sur la question prioritaire de constitutionnalité lorsque « l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé ». Cette disposition n'est constitutionnelle que dans la mesure où le justiciable a la possibilité de réintroduire une instance afin qu'il soit tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel. Sous cette réserve, le juge constitutionnel complète substantiellement la loi : le législateur aurait pu lui-même rédiger cette phrase à la fin de l'article contesté. On parle de réserve d'interprétation constructive⁵² : le Conseil outrepassse en quelque sorte son rôle, rôle dont il s'évertue pourtant lui-même à rappeler les limites. La même réserve est faite au considérant 23 de la décision concernant la dernière phrase de l'article 23-5 de la loi relative à l'urgence dans laquelle doivent parfois statuer le Conseil d'État et la Cour de cassation.

46 C.C., déc. 2009-576 DC, 03 mars 2009, cons. 4 ; C.C., déc. 2009-587 DC, 30 juillet 2009, cons. 8 ; et C.C., déc. 2009-593 DC, 19 novembre 2009, *Loi pénitentiaire*, cons. 8 et 9.

47 C.C., déc. 2009-599 DC, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 108-111 et C.C., déc. 2009-600 DC, 29 décembre 2009, *Loi de finances rectificative pour 2009*, cons. 12.

48 C.C., déc. 2009-577 DC, 3 mars 2009, cons. 32-34.

49 C.C., déc. 2009-590 DC, 22 octobre 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet* (ci après déc. *Hadopi II*).

50 Le Conseil a déjà eu l'occasion de préciser l'étendue de son pouvoir d'interprétation dans plusieurs décisions, et notamment dans sa décision 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale* (cons. 9), et dans sa décision 2004-509 DC, 13 janvier 2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale* (cons. 25).

51 C.C., déc. 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*. Cf. *infra*

52 Le Conseil utilise cette technique lorsque « la loi n'a pas prévu de dispositions suffisamment précises et que ces omissions portent atteinte à des garanties fondamentales constitutionnellement protégées » (G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 1998, pp. 419-420).

Le Conseil constitutionnel revient davantage à son rôle tel qu'il le définit strictement, lorsqu'il se contente, au considérant 28 de la même décision, d'indiquer que les dispositions des articles 23-4 à 23-7 de la loi, faisant référence à la procédure mise en œuvre devant les juridictions suprêmes, doivent s'interpréter comme prescrivant les exigences du droit à un procès équitable, et que, si besoin est, le pouvoir réglementaire apportera les compléments procéduraux nécessaires. La réserve est ainsi simplement directive à l'égard des autorités chargées de l'application de la loi.

Le juge constitutionnel procède de manière identique dans un certain nombre d'autres décisions. Dans celle du 19 novembre 2009 relative à la loi pénitentiaire⁵³, le Conseil adresse une réserve directive au pouvoir réglementaire : le décret qui définira les sanctions disciplinaires ne devra pas porter atteinte aux droits et libertés dont les personnes bénéficient dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention⁵⁴. Dans celle du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet⁵⁵, il adresse une réserve directive aux magistrats de l'ordre judiciaire : saisis par des titulaires du droit d'auteur ou de droits voisins, les juges ne devront prononcer « que les mesures strictement nécessaires à la préservation » ou à la cessation d'une atteinte aux droits en cause et cela dans le respect de la liberté d'expression et de communication⁵⁶.

Enfin, dans sa décision *Communication audiovisuelle*⁵⁷, c'est au législateur qu'il adresse une réserve. Les requérants contestaient la suppression législative des ressources financières de France Télévisions sans prévoir de financement de substitution pour garantir l'indépendance du service public de l'audiovisuel. Ils se plaçaient sur le terrain de l'incompétence négative. Le Conseil relève que le législateur s'est engagé au dernier alinéa du VI de l'article 53 de la loi du 30 septembre 1986, dans sa rédaction résultant de la loi déferée, à ce que chaque loi de finances définisse le montant d'une compensation financière de

l'Etat. L'engagement du législateur se trouve en quelque sorte « constitutionnalisé »⁵⁸ par l'explicitation opérée par le juge constitutionnel sous couvert d'une réserve d'interprétation : « dans le respect de l'indépendance de France Télévisions, il incombera donc à chaque loi de finances de fixer le montant de la compensation financière par l'Etat de la perte de recettes publicitaires de cette société afin qu'elle soit à même d'exercer les missions de service public qui lui sont confiées »⁵⁹. Le législateur n'a ainsi méconnu ni l'étendue de sa compétence ni les exigences résultant de l'article 11 de la DDHC. A l'avenir, le Conseil pourrait donc être amené à contrôler une loi allouant à l'audiovisuel public un financement. Mais sera-t-il réellement en mesure d'opérer ce contrôle quant au caractère suffisant ou non du montant alloué⁶⁰ ?

Quant aux réserves émises dans la décision *loi HPST*⁶¹, elles permettent de valider la philosophie générale du texte, pourtant contestable en termes de libéralisation du système de santé.

En premier lieu, le Conseil déclare conforme le principe d'une participation accrue de personnes privées au service public de la santé à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution et au principe de continuité du service public mais en précisant le rôle de l'Agence Régionale de Santé : lorsque celle-ci définira les modalités de la participation des personnes privées au service public de la santé en la coordonnant avec l'activité des établissements publics, elle devra veiller à ce qu'elles assurent l'exercice continu des missions du service public hospitalier pris dans son ensemble. Le juge semble ainsi vouloir atténuer les conséquences de la libéralisation du système de santé en préservant autant que possible le lien avec la mission de service public originelle. On peut lire cette réserve, mais aussi l'ensemble de la décision, comme une reconnaissance implicite des risques et dérives possibles de la réorganisation du système de santé. L'alinéa 11 du Préambule de 1946 y apparaît comme un garde fou dans un système qui se libéralise de plus en plus.

53 C.C., déc. 2009-593 DC, 19 novembre 2009.

54 C.C., déc. *Loi pénitentiaire*, cons. 6.

55 C.C., déc. *Hadopi I*.

56 C.C., déc. *Hadopi I*, cons. 38.

57 C.C., déc. *Communication audiovisuelle*.

58 Cf. O. Le Bot, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2009/3, n° 79, p. 595.

59 C.C., déc. 2009-577 DC, 3 mars 2009, cons. 19.

60 O. Le Bot, *id.*, p. 596.

61 C.C., déc. *loi HPST*.

Par ailleurs, si le principe de la nomination de non-fonctionnaires dans les établissements publics de santé est jugé conforme, le Conseil émet une double réserve directive. Tout d'abord, le pouvoir réglementaire devra fixer des règles permettant l'égal accès des candidats à ces emplois et préciser les modalités permettant d'examiner leurs aptitudes. Ensuite, les autorités compétentes devront fonder leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leur mission.

Le Conseil constitutionnel, décide que la *loi HPST* ne porte pas atteinte à la protection de la santé garantie par l'alinéa 11 du Préambule de 1946 : la rénovation du système de santé est conforme au principe constitutionnel. Le système lui apparaît conforme dès lors qu'il ne remet pas en cause le droit aux prestations de soins et l'égal accès de tous aux soins. Pour autant, à la façon du Conseil d'évacuer certaines questions et aux réserves d'interprétation émises, le raisonnement du juge sur la base du Préambule de 1946 semble se rapprocher de ses limites. Est-il possible de parler d'un libéralisme économique sous surveillance ? Peut-on constater la transformation substantielle du service public de santé validée, mais peu assumée par le Conseil qui se retranche derrière le sacro-saint principe de protection de la santé ?

2 Le contrôle substantiel

2.1 Le principe d'égalité

2.1.1 *Le principe d'égalité et la « contribution carbone »*

Le principe constitutionnel d'égalité est régulièrement utilisé par les requérants devant le Conseil constitutionnel pour réclamer la censure de la loi⁶². S'il est souvent invoqué au motif que la loi est exceptionnellement applicable à tous dans les mêmes termes, il conduit rarement le

Conseil à la censure⁶³. La jurisprudence constitutionnelle de 2009 ne fait pas exception en la matière. Toutefois, dans sa décision sur la loi de finances pour 2010, plus connu sous le nom « décision taxe carbone »⁶⁴, le Conseil va déclarer certaines dispositions de la loi non conformes au principe d'égalité, en opérant un raisonnement ambitieux, susceptible d'élargir son champ de censure.

Selon une jurisprudence constante du Conseil, il n'est possible de déroger au principe d'égalité qu'au regard de deux conditions alternatives, complétées par une condition cumulative⁶⁵. Le législateur ne peut ainsi rompre l'égalité qu'en cas de situations différentes ou au nom de l'intérêt général, si et seulement si cette différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi⁶⁶. Ces conditions classiques encadrant le contrôle du principe d'égalité sont reprises par le Conseil dans sa décision du 29 décembre 2009. Il considère ainsi que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établis des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à l'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs »⁶⁷.

63 *Ibidem*.

64 La contribution carbone devait ainsi permettre de diminuer la production de gaz à effet de serre et ainsi lutter contre le réchauffement climatique. Elle ne devait pas s'appliquer aux entreprises soumises au régime communautaire des quotas d'émission de gaz à effet de serre, mis en place par la directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la communauté.

65 C.C., déc. 73-51 DC, 27 décembre 1973, *Taxation d'office* ; C.C., déc. 2000-441 DC, 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000* ; C.C., déc. 2003-474 DC, 17 juillet 2003, *Loi de programme pour l'outre-mer*.

66 C.C., déc. 2009-578 DC, 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et de lutte contre l'exclusion*, cons. 20. Dans cette décision, le Conseil a jugé contraire au principe d'égalité une disposition instaurant une différence de situation non fondée sur un motif d'intérêt général et sans rapport avec l'objectif de la loi qui était d'attribuer des logements aux plus défavorisés.

67 C.C., déc. 2009-599 DC, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 80.

62 Cf. notamment G. Merland, « Le principe d'égalité », *Revue administrative*, 1^{er} juillet 2004, n° 340, p. 370 : « le principe d'égalité est le droit fondamental dont la violation est le plus souvent invoquée par les requérants à l'appui de leur saisine ».

Certains auteurs ont pointé du doigt le caractère aléatoire d'un tel raisonnement, au motif que la notion d'intérêt général est floue et donc susceptible de justifier bon nombre de dérogations au principe d'égalité, lui-même emprunt d'incertitudes quant à sa détermination⁶⁸. Peut-être ainsi justifier une limitation de la portée du principe constitutionnel d'égalité des considérations telles que le souci de sécurité juridique des entreprises et des salariés⁶⁹ qui n'ont pourtant pas valeur constitutionnelle.

Concernant la décision « contribution carbone », la protection de l'environnement apparaît incontestablement comme un motif d'intérêt général⁷⁰. Pour le démontrer, le Conseil va se référer à la Charte de l'environnement en prenant le soin de préciser que « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle »⁷¹. La loi « contribution carbone » passe donc avec succès cette première étape du contrôle du Conseil : la protection de l'environnement, objectif d'intérêt général, peut justifier l'instauration d'impositions spécifiques.

Le Conseil entend ensuite procéder au contrôle de « l'adéquation des dispositions critiquées à cet objectif »⁷², précision faite qu'il ne va pas contrôler la disposition critiquée par les requérants, en l'occurrence l'article 9⁷³, mais va exclusivement porter son contrôle sur l'article 7. Le Conseil va alors vérifier que le régime d'exemption instauré par l'article 7 ne méconnaît pas l'objectif de la loi qui est de « mettre en place

des instruments permettant de réduire significativement les émissions »⁷⁴ de gaz à effet de serre. Ce régime d'exemption visait les entreprises déjà soumises par le droit communautaire à une obligation sous contraintes financières de diminuer leurs émissions de gaz à effet de serre⁷⁵. Mais, le Conseil va estimer que ce système de quotas n'est en réalité pas efficace, de telle sorte que lesdites entreprises, responsables en grande majorité des émissions de CO₂ d'origine industrielle, hors carburant, seraient totalement exonérées de l'obligation de réduire leurs émissions. Le Conseil décide donc de censurer le dispositif de la contribution carbone au motif que le régime d'exception est tel qu'il retire tout intérêt au principe et porte nécessairement atteinte à l'objectif de protection de l'environnement fixé par la loi. Le Conseil semble ici « étendre la nature de son contrôle »⁷⁶ en déterminant « quel niveau d'exception est supportable de façon à ne pas déséquilibrer l'impact de la loi et dénatrer celle-ci »⁷⁷.

Sans doute le Conseil, en effectuant un tel contrôle dans ses décisions antérieures, aurait abouti à une toute autre conclusion. Cela aurait peut-être été le cas pour la *loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires*⁷⁸. L'intitulé même de la loi semble emprunt de contradiction. Est ainsi mis en avant comme objectif premier la réaffirmation du principe du repos dominical, et il ne semble que ce ne soit que pour mieux cacher l'ampleur des régimes dérogatoires qui sont apportés au principe. Or, en l'espèce le Conseil a validé la loi sans effectuer de contrôle approfondi au regard du principe d'égalité⁷⁹.

Pour revenir sur la décision « contribution carbone », relevons que le Conseil ne s'est pas

68 D. Rousseau, « Jurisprudence constitutionnelle 2005 », *RD*, 1^{er} janvier 2006, n° 1, pp. 265-266 ; J.-B. Deneuilliers, « Le contrôle interne de constitutionnalité des lois », *Revue Administrative*, 1^{er} mars 2006, n° 350, p. 138.

69 C.C., déc. 2008-568 DC, 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*. Cf. notamment, L. Baghestani-Perey ; A.-L. Cassard-Valembos ; L. Janicot, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 6 (premier semestre 2008) (1^{ère} partie) », *Les Petites Affiches*, 29 décembre 2008, n° 260, pp. 6-19.

70 C.C., déc. 2003-488 DC, 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*.

71 C.C., déc. 2009-599 DC, 29 décembre 2009, cons. 79.

72 *Id.*, cons. 81.

73 L'article 9 du projet de loi concernait le dispositif de redistribution de la contribution carbone.

74 *Ibid.*

75 Directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la communauté.

76 A. Barilari, « La contribution carbone et le conseil constitutionnel : une censure annoncée ? », *JCP G*, 18 janvier 2010, n° 3, p. 42.

77 *Ibid.*

78 Loi n° 2009-974 du 10 août 2009.

79 C.C., déc. *Repos dominical*.

contenté de développer un raisonnement innovant au regard de ses jurisprudences antérieures, il s'est également démarqué fortement de la logique retenue par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) dans l'affaire Arcelor⁸⁰.

La CJCE, dans cette affaire, a considéré, contrairement au Conseil, que le régime de quotas n'est pas inefficace puisqu'il est susceptible de créer pour les entreprises qui y sont soumises des désavantages notamment pécuniaires par rapport aux entreprises exclues de ce système⁸¹. La CJCE va encore plus loin en estimant que la différence de traitement ainsi créée n'est pas contraire à l'objectif de protection de l'environnement recherché par le législateur communautaire dans la directive. L'exclusion de plusieurs secteurs d'activités, dont la chimie (34 000 installations), du champ d'application du régime de quotas est donc justifiée, sans qu'il y ait lieu, pour la Cour, de rechercher l'existence en droit interne d'un système équivalent de réduction des émissions de CO₂. La Cour prend tout de même le soin de rappeler que les entreprises soumises à l'application de la directive représentent près de 50% des émissions de CO₂ au niveau communautaire, alors même qu'elles ne comptent que 10 000 installations.

La CJCE valide ainsi la directive en insistant sur le caractère progressif et complexe du système de quotas, caractère que l'on retrouve également dans le fonctionnement de la contribution carbone issue de la loi de finances pour 2010 qui prévoyait l'instauration d'une commission de suivi devant évaluer notamment l'évolution du taux de contribution⁸².

De toute évidence, le raisonnement de la CJCE n'a pas été suivi par le Conseil constitutionnel qui a préféré privilégier une interprétation dite de l'effet utile de l'objectif de protection de l'environnement⁸³. Le Conseil a ainsi retenu dans sa décision « contribution carbone » une approche ambitieuse du principe d'égalité, d'autant

plus ambitieuse que ledit principe occupe une place importante dans sa jurisprudence, susceptible d'être renforcée par son contrôle par voie d'exception.

2.1.2 Le principe d'égalité et la question prioritaire de constitutionnalité

En vue de la mise en place d'un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, via la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), introduite par la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution⁸⁴, certains acteurs et auteurs de la vie juridique se sont interrogés sur les principes qui pourraient être le plus souvent invoqués par le justiciable⁸⁵. Les saisines déjà nombreuses invoquant le principe d'égalité pourraient à cet égard se multiplier⁸⁶.

Si l'ouverture de la procédure du contrôle de constitutionnalité à un nombre indéfini de requérants augmentera mécaniquement le nombre de saisines, d'autres explications plus juridiques à ce succès éventuellement surprenant du traditionnel principe d'égalité peuvent être évoquées.

Premièrement, le principe d'égalité figure parmi les droits et libertés constitutionnellement garantis, et son respect est déjà assuré par le contrôle de conventionalité opéré par les juridictions administratives et judiciaires. Ce faisant, par cette voie, le champ d'application du principe de non discrimination – homologue du principe d'égalité – est limité. Posé par l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il ne s'applique qu'à la jouissance des droits et libertés reconnus par ladite Convention et ses protocoles additionnels. Aussi, le Conseil d'Etat, par l'arrêt Mme Bahomar⁸⁷, n'a-t-il pu sanction-

80 CJCE, 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, aff. C-127/07.

81 *Id.*, cons. 43.

82 Article 7, II du projet de loi de finances pour 2010, adopté le 18 décembre 2009.

83 P. Billet, « L'invalidation de la contribution carbone », *JCP A*, 25 janvier 2010, n° 4, p. 35.

84 Loi n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

85 Cette question était la première adressée aux personnalités auditionnées à l'Assemblée nationale par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République ; auditions ouvertes à la presse sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

86 La plus part des membres auditionnés ont évoqué, en premier lieu, le principe d'égalité.

87 CE, 7 février 2008, n°267744.

ner une atteinte au principe d'égalité au titre de la Convention qui suppose l'articulation avec un droit qu'elle protège et que n'a pu invoquer la requérante. Le champ d'application du principe d'égalité en droit constitutionnel français est beaucoup plus large, et si le Conseil avait pu, à l'époque, statuer sur la conformité de la disposition législative en cause dans l'affaire mentionnée, l'issue du litige concernant Madame Bahomar aurait été vraisemblablement différente⁸⁸.

Secondement, l'article 23-2 de la *loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* fixant les conditions de recevabilité de la requête dispose, entre autre, que la disposition législative ne pourra être contestée que si « Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ». Le Conseil précise dans sa décision 2009-595 du 3 décembre 2009 relative à ladite loi organique que cela conduit à ce que, bien que déclarée conforme à la Constitution, une disposition peut être à nouveau examinée si « un réexamen est justifié par les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée »⁸⁹. Or, comme l'ont relevé plusieurs auteurs, la référence aux circonstances peut paraître « délicate »⁹⁰ puisqu'elle risque de « rendre la déclaration de conformité dans le cadre du contrôle *a priori* relative et contextuelle »⁹¹, mais également toutes les décisions du Conseil *a posteriori* – l'écoulement du temps provoquera

à lui seul un changement de circonstances⁹². En outre, la mise en garde nous semble encore plus fondée s'agissant du contrôle de la conformité au principe d'égalité. En effet, le contrôle du respect de ce principe s'opère souvent en s'assurant de la justification d'une différence de traitement à des situations semblables ou différentes, compte tenu des circonstances. L'application du principe d'égalité – à partir du moment où elle ne repose pas sur une conception exclusivement formelle de l'égalité⁹³ – nous semble intrinsèquement circonstanciée, si bien que toute nouvelle affaire pourrait justifier un nouvel examen par le Conseil constitutionnel.

Pour s'en convaincre, il convient de faire état de l'application du principe d'égalité par le Conseil dans les décisions qui font l'objet de cette chronique. L'édifice jurisprudentiel relatif à ce principe révèle que le Conseil n'a pas de conception univoque de l'égalité. Celle-ci peut, d'une part, être entendue de manière formelle et impliquer un traitement uniforme des sujets de droit ou, d'autre part, recouvrir une signification matérielle et permettre de tenir compte de la similitude ou de la disparité des situations – autrement dit, et à notre sens, des circonstances – pour justifier un traitement différencié par le législateur.

Sans recourir à la prise en compte des situations, le Conseil, dans la décision 2009-594 relative à *loi HPST*, s'est prononcé sur le principe d'égalité à deux reprises⁹⁴. En premier lieu, il considère qu'une disposition législative, permettant aux établissements de santé de conclure des contrats avec l'Agence régionale de santé, ne conduit pas à une rupture d'égalité entre usagers du service public, dans la mesure où ces établissements « seront tenus de garantir l'accès de tous au soins de qualité et d'en assurer la prise en charge aux tarifs et honoraires réglementés »⁹⁵. En second lieu, le recrutement de directeurs d'hôpitaux, par d'autres voies que celles du concours, ne présente pas de rupture d'égalité à l'endroit du personnel, tant qu'une autre méthode de recru-

88 J.-M. Sauvé, audition à l'Assemblée nationale, 23 juin 2009 ; et le commissaire du gouvernement J.-P. Thellay d'ajouter qu'il avait pu « paraître curieux qu'un requérant arrive à convaincre du caractère discriminatoire d'une disposition, sans que l'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme lui permette de parvenir à ses fins », conclusions sur Conseil d'Etat, section, 7 février 2008, Mme veuve Rahba Bahomar, *RFDA*, 2008, p. 516.

89 C.C., déc. 2009-595 DC, cons. 13.

90 B. Mathieu, audition à l'Assemblée nationale, 23 juin 2009.

91 P. Bon, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1117.

92 *Ibid.*

93 A. Frank, « Les critères objectifs et rationnels dans le contrôle constitutionnel de l'égalité », *RDP*, n°1-2009, p. 77.

94 C.C., déc. 2009-584 DC, 16 juillet 2009.

95 *Id.*, cons. 5.

tement garantit également une parfaite égalité des chances entre les candidats⁹⁶. Dans les deux cas ci-dessus, selon le Conseil, les modalités d'organisation du service public de santé ne risquent pas d'entraîner de résultats inégalitaires tant à l'égard des usagers qu'à celui de son personnel. Le Conseil exerce un contrôle *in abstracto* du respect du principe d'égalité et n'a donc pas recours à l'appréciation des circonstances.

En outre, dans la décision 2009-594 du 3 décembre 2009 relative à la *loi portant régulation des transports ferroviaires*, la non dissociation des activités commerciales et des activités de gestion de réseau n'entraîne pas de rupture d'égalité entre les acteurs économiques. En effet, parce que « la loi n'a pas pour objet d'organiser, avant ces échéances, l'ouverture de la concurrence de ces services de transports »⁹⁷, le moyen invoqué par les requérants est inopérant. Autrement dit, aujourd'hui et jusqu'à l'échéance des contrats en cours, fixée à quinze ans, le législateur n'entend pas assurer l'égalité des acteurs du secteur. Il est donc vain d'invoquer pour l'instant de rupture du principe d'égalité. Celle-ci pourra néanmoins être appréciée à compter de 2025. Ce faisant, le Conseil, par sa référence aux échéances, entrevoit un changement de circonstances et relative la portée de sa décision.

La prise en compte des circonstances et, plus précisément, de la différence de situations auxquelles vont s'appliquer les dispositions législatives, reflète une conception plus matérielle de l'application du principe d'égalité. Aussi le Conseil constitutionnel par la décision 2009-588 du 6 août 2009 relative au repos dominical, reconnaît-il que la loi entraîne une rupture d'égalité, mais il la justifie au regard de la différence de situations entre salariés travaillant en « zone touristique » et ceux travaillant en zone de « consommation exceptionnelle »⁹⁸. En revanche, parce qu'entre Paris et les autres agglomérations, « aucune différence de situation ne justifie que le pouvoir » de délimiter les zones susceptibles d'être considérées comme « zones touristiques » soit confié

dans un cas au Préfet et dans l'autre à un élu, le Conseil sanctionne la disposition législative en cause au nom du principe d'égalité⁹⁹.

Enfin, il convient d'accorder plus de développement à la décision 2009-599 du Conseil relative à la taxe carbone¹⁰⁰ dans la mesure où le juge est très minutieux dans l'appréciation des circonstances de l'espèce. De manière générale, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, voire qu'il prévoit, en matière d'impôt, par exemple, l'exonération totale de certains contribuables, tant que la différence de traitement constatée est fondée sur des critères objectifs et rationnels au regard de l'objet de la loi¹⁰¹. Or, après avoir considéré la somme des exemptions totales instituées par l'article 7 de la loi de finances pour 2010 prévoyant l'introduction d'une nouvelle «taxe carbone» dans le paysage fiscal français, le Conseil constate que ces exonérations sont contraires à l'objectif de la loi et que, dès lors, la rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques, nécessairement entraînée par des dérogations au paiement de la taxe, ne peut être justifiée. Cette décision est tout à fait conforme à l'édifice jurisprudentiel en la matière¹⁰². Cependant, elle semble marquer un nouveau pas dans l'application du principe d'égalité dans la mesure où, pour sanctionner le dispositif, à l'aune des exonérations prévues par la loi, le Conseil évoque des chiffres et notamment la part d'émissions de dioxyde de carbone d'origine industrielle – 93% – dont sont responsables les acteurs industriels épargnés par la nouvelle taxe. On peut se demander après que le Conseil a statué de cette manière approfondie, si la réduction – ne serait-ce que de quelques points – de cette part évoquée ci-dessus, ne provoquerait-elle pas un changement de circonstances de fait justifiant

99 *Id.*, cons. 22.

100 C.C., déc. 2009-599 DC, 29 décembre 2009, cons. 77 à 83.

101 A. Frank, « Les critères objectifs et rationnels dans le contrôle constitutionnel de l'égalité », *RD*, n°1-2009, p. 77.

102 W. Mastor, « La contribution carbone à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2009 : chronique d'une mort - et d'une renaissance - annoncées ? », *AJDA*, 2010, p. 281.

96 *Id.*, cons. 12 ; D. Rousseau et P-Y. Gahdoun, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2009 », *RD*, n°1-2010, p. 292.

97 C.C., déc. 2009-594 DC, cons. 12.

98 C.C., déc. 2009-588 DC, 6 août 2009, cons. 19.

un nouvel examen via la question prioritaire de constitutionnalité.

2.2 La protection du droit d'auteur et l'accès à internet

Depuis la *loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, le délit de contrefaçon réprimé à l'article L.335-2 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) est puni de trois ans d'emprisonnement et 300000 euros d'amende. Dès 1992, « toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur » (art. L335-3 CPI) est considérée comme une contrefaçon. A ce titre sont donc punissables les téléchargements et échanges par internet de fichiers vidéos et musicaux en violation des droits d'auteur. Toutefois, les juges hésitent très largement à sanctionner à cette hauteur la contrefaçon dite « domestique », voire ne sanctionnent pas du tout¹⁰³.

Par le projet de *loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, adopté définitivement en deuxième lecture par le Sénat le 13 mai 2009, le gouvernement et le législateur souhaitaient notamment et surtout régler ce « problème » de la contrefaçon domestique par internet. Dans un discours en date du 23 novembre 2007, Nicolas Sarkozy affirmait déjà qu'« Internet ne doit pas être un «Far Ouest» high-tech, une zone de non droit où des «hors-la-loi» peuvent piller sans réserve les créations »¹⁰⁴. La solution choisie fut de dépénaliser la question et de renvoyer la possible sanction à une Autorité

administrative indépendante (AAI)¹⁰⁵, la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) instituée en remplacement de l'ancienne Autorité de régulation des mesures techniques créée par la *loi DADVSI* en 2006¹⁰⁶.

Cette Haute Autorité est composée de deux organes, un collège et une commission de protection des droits. Le projet de loi confiait à cette dernière le pouvoir de constater et de sanctionner tout manquement à la nouvelle obligation de surveillance de sa connexion à internet créée par son article 11¹⁰⁷. Il prévoyait ainsi une riposte en deux temps en cas de manquement constaté : 1. Une recommandation envoyée à l'abonné lui intimant de surveiller son accès ; 2. Une possibilité de sanction en cas d'un deuxième manquement enregistré dans l'année. Cette sanction intervenait après une procédure contradictoire et, en fonction de la gravité des manquements, pouvait consister en : une suspension de deux mois à un an de l'accès à internet avec interdiction de souscrire un contrat du même type auprès d'un autre opérateur et une injonction de prendre des mesures de nature à prévenir le renouvellement du manquement constaté, notamment par l'installation d'un moyen de sécurisation figurant sur une liste définie par la loi. L'abonné ne pouvait éviter la sanction que dans trois cas : s'il avait déjà installé un moyen de sécurisation, s'il démontrait l'usage frauduleux de sa connexion ou en cas de force majeure.

Cette obligation de surveillance, face à un téléchargement illégal pourtant toujours soumis au régime de la contrefaçon, est considérée par le Conseil comme distincte dudit délit de contre-

103 Cf. J.Cedras, *Le téléchargement illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur, Rapport à Monsieur le Ministre de la Culture et de la Communication*, avril 2007. Par exemple TGI de Paris, 21 juin 2006, Pathe Renn Production et autres / 9 Telecom Réseau et autres ; TGI de Rennes, 30 novembre 2006, Scpp, Spf / Anne Sophie L. ; TGI de Nantes, 11 janvier 2007, Syndicat de l'édition vidéo et autres / Cynthia C., Sébastien G. ; CA de Versailles, 16 mars 2007, Alain O. / Sacem et autres.

104 Nicolas Sarkozy, Discours prononcé à l'occasion du rapport Olivennes sur le téléchargement illégal, [disponible sur <http://www.numerama.com/magazine/5691-urgent-le-discours-de-nicolas-sarkozy-accord-olivennes.html>, vu le 10 mars 2010].

105 La loi, en son article 5, parle d'une *Autorité publique indépendante* que le Conseil constitutionnel a requalifiée dans sa décision d'*Autorité administrative indépendante* (C.C., déc. *Hadopi* I, cons. 4).

106 *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, 3 août 2006.

107 Cet article imposait à toute « personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne [...] l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus ».

façon¹⁰⁸. Ce n'est donc pas le téléchargement illégal de contenu protégé en tant que tel qui est ici sanctionné mais le fait, pour un abonné à internet, de n'avoir pas tout mis en œuvre pour empêcher ce type de téléchargement à partir de sa connexion. Cela ressemble fort à tenter de passer par la fenêtre quand les juges refusent d'emprunter la porte.

Saisi de cette loi par plus de soixante députés, le Conseil constitutionnel a censuré ce dispositif de sanction administrative comme contraire à la Constitution, et notamment aux articles 9 et 11 de la DDHC¹⁰⁹.

Reprenant un considérant de principe posé dès 1999¹¹⁰, le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que le renversement de la charge de la preuve en la matière instaurait « une présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire de l'accès à internet, pouvait conduire à prononcer contre lui des sanctions privatives ou restrictives de droit »¹¹¹. Dans sa décision 99-411 DC du 16 juin 1999, le Conseil avait reconnu valeur constitutionnelle au principe selon lequel, en matière de peines et de sanctions, nul n'est punissable que de son propre fait¹¹². Ainsi, une présomption de culpabilité doit-elle être simple et aisément renversable. En l'espèce, vu la difficulté pour un abonné de dé-

montrer que sa connexion internet a été piratée, le Conseil a choisi de censurer cette disposition.

Toutefois, le Conseil n'avait pas besoin de préciser ce motif de censure puisqu'il venait déjà de constater l'inconstitutionnalité de l'ensemble de cette procédure « administrative » de sanction. En effet, au terme d'une conciliation entre la liberté de communication, d'une part, et le droit de propriété, d'autre part, le Conseil a considéré que le législateur ne pouvait confier de tels pouvoirs à une autorité administrative indépendante¹¹³. Pour arriver à cette conclusion, il a, dans un premier temps, explicitement reconnu une liberté d'accéder aux moyens de communication au public en ligne (ou internet), déduite de la liberté de communication. Il a ensuite rappelé le caractère fondamental pour la démocratie de l'exercice de cette liberté¹¹⁴. Ainsi, le Conseil peut affirmer que les atteintes portées à son exercice doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi¹¹⁵. Il inscrit donc son action dans un plein contrôle de proportionnalité¹¹⁶.

108 C.C., déc. *Hadopi I*, cons. 7.

109 Des articles protégeant respectivement la présomption d'innocence et la liberté de communication.

110 C.C., déc. 99-411 DC, 16 juin 1999, cons. 5 : « aux termes de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : » Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ; qu'il en résulte qu'en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité »

111 C.C., déc. *Hadopi I*, cons. 18.

112 Cf. également C.C., déc. 2004-496 DC, 10 juin 2004 à propos de la responsabilité des hébergeurs de site internet.

113 Ce n'est pas, en soi, le pouvoir de sanction confié à une AAI qui est ici censuré, le Conseil rappelant cette possibilité pour le législateur (déc. *Hadopi I*, cons. 14). Cf. en ce sens, C.C., déc. 88-248 DC, 17 janvier 1989, cons. 27 ; C.C., déc. 89-260 DC, 28 juillet 1989, cons. 6 ; C.C., déc. 2000-433 DC, 27 juillet 2000, cons. 50 ; C.C., décision 2006-540 DC, 27 juillet 2006, cons. 71. Pour une analyse plus détaillée du pouvoir de sanction pénale des AAI, cf. A. Binet-Grosclaude, « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des AAI ? », *Droit pénal*, n°11, novembre 2009.

114 Cf. en ce sens au niveau européen, l'arrêt Cour EDH, 7 déc. 1976, *aff. Handyside c. Royaume-Uni*, §49 : « La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société [démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun ».

115 C.C. déc. *Hadopi I*, cons. 15. Cf. en ce sens également : C.C., 2008-562 DC, 21 février 2008 à propos de la liberté individuelle, de la liberté d'aller et venir et du respect de la vie privée. Le Conseil avait déjà dégagé un critère proche de celui du caractère adapté, à savoir l'adéquation d'une mesure : cf. en ce sens C.C., 2005-528 DC, 15 décembre 2005, cons. 15.

116 Cf. V. Goessel-Lebihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *Petites affiches*, n°46, 5 mars 2009, pp.62-69

Ayant reconnu depuis 2004 la « sauvegarde de la propriété intellectuelle »¹¹⁷ et son pendant, la « lutte contre les pratiques de contrefaçon sur internet »¹¹⁸, comme un objectif d'intérêt général¹¹⁹, le Conseil a validé la nécessité de mesures de protection. Par contre, il semble que ce soit le caractère « adapté » de la procédure qui lui pose problème. Le fait que toute personne puisse se voir restreindre l'exercice « de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile », sans aucune intervention préalable de l'autorité judiciaire, ne serait ainsi pas adapté « à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789 »¹²⁰. Selon Aurélie Binet-Grosclaude, cette décision revient donc implicitement à constater l'existence de libertés supérieures aux autres et qui nécessitent dans ce cas l'intervention du juge judiciaire. Ce dernier devient ici le gardien de la liberté d'expression¹²¹.

Après le passage du Conseil, il ne reste plus rien du pouvoir de sanction pour défaut de surveillance de sa connexion à internet conféré par le projet de loi à la Commission des droits de la HADOPI. Le législateur a donc tenu compte de cette décision lors de l'examen du projet de *loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*.

Dès le titre du projet de loi, tout un chacun peut comprendre que l'on a changé de registre. D'une sanction confiée à une autorité administrative, nous sommes revenus à une punition par le droit pénal.

La première nouveauté de cette loi est l'instauration d'une nouvelle peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de commu-

nication au public en ligne. Cette peine pourra être associée tant au délit de contrefaçon prévu aux articles L.335-2, L.335-3 et L.335-4 CPI, qu'aux contraventions de la cinquième classe prévues par le CPI. Dans ce dernier cas, la peine complémentaire ne pourra être appliquée qu'en cas de « négligence caractérisée » de l'abonné auquel la commission des droits aura préalablement adressé une « recommandation l'invitant à mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès à internet »¹²². Il est d'autant plus important de noter que dans les deux cas, l'application d'une telle peine complémentaire « n'affecte pas, par elle-même, le versement du prix de l'abonnement au service »¹²³ et que tout utilisateur « suspendu » qui chercherait à contracter un nouvel abonnement auprès d'un autre fournisseur d'accès pourrait se voir condamné à deux ans de prison et 30000 euros d'amendes au titre de l'article 434-41 du code pénal modifié par cette loi.

Pour la peine complémentaire associée au délit de contrefaçon, le Conseil rappelle qu'en matière de peine et de sanction il n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste du législateur consistant en une possible « disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue »¹²⁴. Sans aucune justification supplémentaire, le Conseil reconnaît ensuite que l'instauration d'une telle peine complémentaire ne méconnaît donc pas le principe de nécessité des peines.

Dans le cas de celle associée aux contraventions de cinquième classe, rappelant que sa compétence ne s'étend pas à la constitutionnalité des règlements, le Conseil renvoie ainsi aux juridictions compétentes l'examen de la proportionnalité d'une peine qui ne peut s'apprécier qu'« au regard de l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction [définis par le pouvoir réglementaire] qu'elle est destinée à réprimer »¹²⁵. Tout le problème sera au final de pouvoir juger de la personnalisation de l'infraction principale. Dans un jugement en date du 23 février 2009, le tribunal de Guingamp a ainsi établi que l'adresse IP ne suffit pas pour établir la culpabilité d'un internaute. De même, dans une étude publiée le

117 C.C., déc. *Hadopi I*, cons. 13.

118 C.C., déc. *Hadopi I*, cons. 15.

119 C.C., déc. 2004-499 DC, 29 juillet 2004, cons. 13. La sauvegarde de la propriété intellectuelle est ici directement rattachée au droit de propriété en tant qu'il a vu son champ d'application s'étendre « à des domaines nouveaux » (rappelé par C.C., déc. 2006-540 DC, 27 juillet 2006, cons. 15).

120 C.C., déc. *Hadopi I*, cons. 16.

121 A. Binet-Grosclaude, « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des AAI ? », *Droit pénal*, n°11, novembre 2009, §18.

122 Art.8 insérant un art. L. 335-7-1 dans le CPI.

123 Art. L. 335-7 et L. 335-7-1 CPI

124 C.C., déc. *Hadopi II*, cons. 20.

125 C.C., déc. *Hadopi II*, cons. 28.

9 juin 2008¹²⁶, deux professeurs et un étudiant de l'université de Washington ont pu faire croire que c'était une imprimante qui téléchargeait des fichiers protégés.

Enfin, le Conseil affirme très rapidement au considérant 22 que l'obligation de payer son abonnement par l'utilisateur suspendu « trouve son fondement dans le fait que l'inexécution du contrat est imputable à l'abonné » et ne constitue « ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition ». En ce sens, elle ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle. Le Conseil avait déjà jugé en mars de la même année que « le prélèvement sur les ressources financières des organismes d'habitations à loyer modéré [...] ne constitue [...] pas une sanction ayant le caractère d'une punition » car il « n'a pas pour objet de sanctionner le manquement à une obligation fixée par la loi ou le règlement »¹²⁷. Le Conseil semble ici cohérent en la matière même si nous aurions apprécié une justification plus poussée sur la nature d'une peine ou d'une sanction ayant le caractère d'une punition.

Une deuxième nouveauté est la soumission des délits de contrefaçon à la liste des délits jugés par le tribunal correctionnel statuant à juge unique, ainsi que la possibilité pour la victime de demander au juge de statuer par ordonnance pénale. Sur ce point, il est important de noter que l'argumentaire des députés requérants tournait plus autour de la constitutionnalité de la procédure à juge unique que de son application au délit de contrefaçon. Le Conseil balaye facilement les objections en renvoyant à sa décision du 29 août 2002 où il avait pu en juger¹²⁸. Il ne censure au final que l'incompétence négative du législateur en ce sens qu'il n'a pas bien prévu le régime de l'opposition possible de la victime à l'ordonnance pénale dans le cadre de la procédure simplifiée¹²⁹.

Présentation des auteurs

Xavier Aurey est doctorant au Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (CRDH) de l'Université de Paris II Panthéon-Assas et Attaché temporaire d'enseignement et de recherche (ATER) à l'Université de Caen Basse-Normandie. Il rédige une thèse sur le thème « Bioéthique et responsabilité pénale internationale » sous la direction du Pr. Emmanuel Decaux. Il est également chercheur associé du Centre Thucydide (Université Paris II Panthéon-Assas), et du Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, Université de Caen Basse-Normandie), membre du Bureau de la section « Jeunes chercheurs » de la Société française pour le droit international, et de l'Institut International de Recherche en Éthique Biomédicale, et Secrétaire général de la Clinique juridique des droits fondamentaux (Université de Caen Basse-Normandie). Parmi ces publications récentes : « Le droit international pénal de la bioéthique », *Droit international pénal*, Hervé Ascencio, Emmanuel Decaux, Alain Pellet (dir.), 2^e édition, Pédone (à paraître 2011) ; « L'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale », *Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Julian Fernandez, Xavier Pacreau (dir.), Pédone, à paraître 2011 (projet disponible sur <http://www.commentaire-cpi.com>) ; « The Universal Declaration of Human Rights and Armed Conflicts: from Fragmentation to Complexity », *Annuaire Brésilien de Droit International*, vol.4-2, 2009, pp.48-67.

Aurore Catherine est doctorante au CRDFED et ATER à l'Université de Caen Basse-Normandie. Elle rédige une thèse sur le thème « Pouvoir du médecin et droits du patient ». Publications récentes : « Les droits du patient à l'épreuve des politiques économiques de santé », *Santé et droit*, Les Etudes hospitalières (à paraître en octobre 2010) ; « L'assimilation de l'embryon à l'enfant ? », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n°5, 2006, pp. 79-96.

Anne-Sophie Denolle est doctorante et ATER à l'Université de Caen Basse-Normandie. Elle rédige une thèse sur le sujet : « Le maire et l'environnement » sous la direction du Pr. Marie-Joëlle Redor-Fichot. Elle est également membre du CRDFED (Université de Caen Basse-Normandie) et de la Société

126 M. Piatek, T. Kohno, A. Krishnamurthy, « Challenges and Directions for Monitoring P2P File Sharing Networks – or – Why My Printer Received a DMCA Takedown Notice », University of Washington Technical Report, UW-CSE-08-06-01, 9 juin 2008, [http://dmca.cs.washington.edu/uwcse_dmca_tr.pdf].

127 C.C., déc. 2009-578 DC, 18 mars 2009, cons. 4.

128 C.C., déc. 2002-461 DC, 29 août 2002.

129 C.C., déc. *Hadopi II*, cons. 14.

Française pour le Droit de l'Environnement. Publications récentes : « Les marges de manœuvre des maires face à l'application des Plans de Prévention du Risque Inondation », Revue en ligne Risques Etudes et Observations (RISEO), n°1, 2010 (en collaboration avec Johnny Douvinet).

Marie Rota est doctorante au CRDFED, Université de Caen Basse-Normandie et ATER à l'Université du Havre. Elle rédige une thèse sur le thème : « Comparaison des jurisprudences de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. L'interprétation des conventions de référence », sous la direction des Professeurs Marie-Joëlle Redor-Fichot et Gilles Lebreton. Elle est également membre associée du Groupe de Recherche et d'Études en Droit Fondamental, International et Comparé (GREDFIC, Université du Havre), et membre du Centro de Direito Internacional (CEDIN, Brésil), et du Groupe de Recherche Interdisciplinaire sur le Brésil (GRIB). Publications récentes : « La déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention Américaine des Droits de l'Homme : principale source des droits garantis ? », Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, n°7, 2009, pp. 63-71 ; « La réforme du Conseil de Sécurité de l'ONU, une perspective sud-américaine », Observateur des Nations Unies, vol. 24, 2009 (en collaboration avec Leonardo Nemer C. Brant).

Antoine Siffert est doctorant à l'Université du Havre et diplômé de l'Institut d'Études Politiques de Strasbourg. Il rédige une thèse sur le thème « Libéralisme et service public » sous la direction du Pr. Gilles Lebreton.

Vincent Souty est doctorant au CRDFED, Université de Caen Basse-Normandie et ATER à l'Université du Havre. Il rédige une thèse sur le thème « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception : essai de droit comparé » sous la direction du Pr. Lauréline Fontaine. Il est également membre associée du Groupe de Recherche et d'Études en Droit Fondamental, International et Comparé (GREDFIC, Université du Havre), et membre du CEDIN (Brésil), et du GRIB. Publications récentes : « Nova razdelitev oblasti v bolivijski ustavi » (« la nouvelle dévolution des pouvoirs dans la Constitution bolivienne »), Revus – European Constitutionality Review (2009) 9, pp. 139-146 (www.revus.eu) ; « Comentario do Artigo 2 paragrafo 6 », in Leonardo NEMER C. BRANT (dir.), Comentario da Carta das Nações Unidas, éditions Del REY, Belo Horizonte, 2008, pp. 113-121 (en collaboration avec Marie ROTA) ; « La res judicata dans l'Affaire du Génocide (C.I.J. arrêt du 27 février 2007 », Anuário Brasileiro de Direito Internacional III, vol. 2, 2008.

Synopsis

Armin von Bogdandy

Founding Principles of Union Law

A Theoretical and Doctrinal Sketch

Keywords: European Union, constitutional law, basic principles, constitutional theory, functions of legal scholarship

Summary: 1. Introduction. – 2. Theoretical Issues Regarding the Union's Founding Principles. – 2.1. *Founding Principles and Constitutional Scholarship*. – 2.2. *Three Functions of a Legal Doctrine of Principles*. – 2.2.1. *Doctrinal Constructivism and its Limits*. – 2.2.2. *The Role of Legal Doctrine for Legal Principles*. – 2.2.3. *Maintenance and Development of a "Legal Infrastructure"*. – 2.3. *Perspectives of Legal and Integration Policy*. – 3. Constitutional Principles and Founding Principles. – 3.1. *Principles in European Law*. – 3.2. *The Union's Founding Principles and Their Constitutional Character*. – 3.3. *Principles of Public International Law*. – 4. Uniform Founding Principles in View of Heterogeneous Primary Law. – 4.1. *Establishing Unity of Principle*. – 4.2. *Limits of a Unitarian Approach*. – 5. Outlook.

In his article professor Armin von Bogdandy provides the groundwork for the constitutional law approach to EU legal scholarship. He stresses the special role of the basic principles of the EU legal order, explaining their dimensions, foundations and their functions. First of all, legal principles play a special role in ordering the legal material into a meaningful whole, a function the author entitles doctrinal constructivism. Furthermore, they can supply arguments for the creative application of the law and can at the same time help to maintain and further legal infrastructure. The author also explains their legal and integrative aspects and their constitutional characteristics and illustrates their significance for establishing unity of EU law in light of heterogeneous primary law. The article has previously been published in German (*Europarecht* (2009/6, 749-768) and English (*European Law Journal* 16 (2010), 95-111). Its Slovenian translation, published here in *Revus*, was made by Maja Smrkolj.

References

- Robert ALEXY, 2006: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Patrick S. ATIYAH and Robert S. SUMMERS, 1991: *Form and Substance in Anglo-American Law*. Oxford: Clarendon.
- Jürgen BAST, 2005: Einheit und Differenzierung der Europäischen Verfassung. *Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa*. Eds. Yvonne Becker. Baden-Baden: Nomos. 34–60.
- 2006: *Grundbegriffe der Handlungsformen der EU*. Berlin: Springer.
- Hartmut BAUER and Christian CALLIES (Eds.), 2008: *SIPE 4: Verfassungsprinzipien in Europa*. Atene: Sakkoulas.
- Ulf BERNITZ and Joakim NERGELIUS (Eds.), 2000, *General Principles of European Community Law*, Hague, London in Boston: Kluwer Law International.
- Bengt BEUTLER, 2003: Art. 6. *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*. Eds. Hans von der Groeben and others. Baden-Baden: Nomos.
- Alexander M. BICKEL, 1962: *The Least Dangerous Branch*. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- Hermann-Josef BLANKE, 2007: Art. 3 EU. *EUV/EGV*. Eds. Christian Callies and others. München: Beck.
- Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, 1991: *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt na Maini: Suhrkamp.
- Armin VON BOGDANDY, 1999: The Legal Case for Unity. *Common Market Law Review* (1999) 36. 887–910.
- 2005: The Prospect of a European Republic. *Common Market Law Review* (2005) 42. 913–941.
- 2008: Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Vergleich. *Ius Publicum Europaeum II*. Eds. Armin von Bogdandy and others. Heidelberg: C.F. Müller. § 39.
- Klaus-Dieter BORCHARDT, 1995: Richterrecht durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*. Ed. Albrecht Randelzhofer. München: Beck. 29–44.
- Paul BREST, 1981: The Fundamental Rights Controversy. *Yale Law Journal* (1981) 90. 1063–1109.
- Jean D'ASPREMONT and Frédéric DOPAGNE, 2008: Two Constitutionalisms in Europe. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2008) 68. 903–937.
- Grainne DE BURCA, 2008: General Report. *Preparing the European Union for the Future, FIDE XXIII Congress Linz 2008*. Eds. Heribert Franz Köck and others. Baden-Baden: Nomos. 385–406.
- Christian CALLIES, 2006: Art. I-1 VVE. *Verfassung der Europäischen Union*. Eds. Christian Callies and Matthias Ruffert. München: Beck.
- 2007: Art. 6 EU. *EUV/EGV*. Eds. Christian Callies and others. München: Beck.
- Filomena CHIRICO and Pierre LAROCHE, 2008: Conceptual Divergence, Functionalism, and the Economics of Convergence. *The Coherence of EU Law*. Eds. Sacha Prechal and Bert van Roermund. Oxford: Oxford University Press. 463–495.
- Pedro CRUZ VILLALÓN, 2004: *La constitución inédita*. Madrid: Editorial Trotta.
- Deirdre CURTIN, 1993: The Constitutional Structure of the Union. *Common Market Law Review* (1993) 30. 17–69.
- Philipp DANN, 2005: Überlegungen zu einer Methodik des europäischen Verfassungsrechts. *Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa*. Eds. Yvonne Becker and others. Baden-Baden: Nomos. 161–186.
- Giacinto DELLA CANANEA, 2006: Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali. *Diritto amministrativo europeo*. Ur. Giacinto della Cananea. Milano: Giuffrè. 1–56.
- Erhard DENINGER, 'Freiheitsordnung – Werteordnung – Pflichtordnung. *Der gebändigte Leviathan*. Ed. Erhard Deninger. Baden-Baden: Nomos. 143–157.
- Bruno DE WITTE, 2008: Too Much Constitutional Law in the European Union's Foreign Relations?. *EU Foreign Relations Law*. Eds. Marise Cremona and Bruno De Witte. Oxford: Hart. 3–15.
- Michael DOUGAN, 2008: The Treaty of Lisbon 2007. *Common Market Law Review* (2008) 45. 617–703.
- Sionaidh DOUGLAS-SCOTT, 2002: *Constitutional Law of the European Union*. Harlow: Longman.
- Horst DREIER, 2006: Art. 20 (Einführung). *Grundgesetz-Kommentar*. Ed. Horst Dreier. Tübingen, Mohr Siebeck. 2nd book.
- Ronald DWORKIN, 1977: *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.
- Michelle EVERSON, 2007: Is it just me, or is there an Elephant in the Room?. *European Law Journal* (2007) 13. 136–145.

- Maria Luisa FERNANDEZ ESTEBAN, 1999: *The Rule of Law in the European Constitution*. Hague: Kluwer.
- Günther FRANKENBERG, 1987: Der Ernst im Recht. *Kritische Justiz* (1987) 3. 281–307.
– 2006: Partisanen der Rechtskritik. *Neue Theorien des Rechts*. Eds. Sonja Buckel and others. Stuttgart: Lucius & Lucius. 97–116.
- Jochen A. FROWEIN, 1988: Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien. *Rechtsstaat und Menschenwürde: Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*. Ed. Arthur Kaufmann. Frankfurt am Main: Klostermann. 149–158.
- Jean-Christophe GALLOUX, 2005: Article II-73. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Eds. Laurence Burgogues-Larsen and others. Brussels: Bruylant. 2nd book.
- Jörg GERKRATH, 1997: *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*. Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles.
- Thomas GIEGERICH, 2007: Verschmelzung der drei Säulen der EU durch europäisches Richterrecht. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2007) 67. 351–383.
- Ricardo GOSALBO BONO, 2003: The Development of General Principles of Law at National and Community Level. *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*. Eds. Rainer Schulze in Ulrike Seif. Tübingen: Mohr Siebeck. 99–142.
- Christoph GRABENWARTER, 2009: Staatliches Unionsverfassungsrecht. *Europäisches Verfassungsrecht*. Eds. Armin von Bogdandy and Jürgen Bast. Berlin: Springer. 121–175.
- Xavier GROUSSOT, 2006, *General Principles of Community Law*, Groningen: Europa Law Publishing.
- Riccardo GUASTINI, 1996: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Klaus GÜNTHER, 1988: *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Jürgen HABERMAS, 1985: *Die neue Unübersichtlichkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
– 1992: *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Ulrich HALTERN, 1998: *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen*. Berlin: Duncker & Humblot.
– 2009: Finalität. *Europäisches Verfassungsrecht*. Eds. Armin von Bogdandy and Jürgen Bast. Berlin: Springer. 279–331.
- Alexander HANEBECK, 2002: Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber. *Der Staat* (2002) 41. 429–451.
- Andreas HARATTSCH, Christian KÖNIG and Matthias PECHSTEIN, 2006: *Europarecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Armin HATJE, 2008: Der Vertrag von Lissabon. *Neue juristische Wochenschrift* 25/2008, 1761–1768.
- Georg F. W. HEGEL, 1970: *Rechtsphilosophie* (1821). Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Meinhard HILF and Frank SCHORKOPF, 2008: Art. 6 EU. *Das Recht der EU*. Eds. Christoph Grabitz and others. München: Beck.
- Chris HILSON, 2008: Rights and Principles in EU Law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2008) 15. 193–215.
- Hans-Peter IPSEN, 1972: *Europäisches Gemeinschaftsrecht*. Tübingen: Mohr.
- Andras JAKAB, 2006: Prinzipien. *Rechtstheorie* (2006) 37. 49–65.
- Stephan KADELBACH in Thomas KLEINLEIN, 2007: International Law a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with the Analysis of Constitutional Principles. *German Yearbook of International Law* (2007) 50. 303–347.
- Immanuel KANT, 1789: *Kritik der reinen Vernunft*, Riga: Hartknoch, 2nd edition = edition B.
- Hans Kelsen, 1981: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Aalen: Scientia Verlag 2nd edition of a 2nd edition from 1929.
– 1981: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*. Aalen: Scientia Verlag. 2nd edition of a 2nd edition from 1928.
- Duncan KENNEDY, 1997: The Structure of Blackstone's Commentaries. *Buffalo Law Review* (1979) 28. 209–382.
– 2003: *Critique of Adjudication*. Cambridge (MA) in London: Harvard University Press.
- Paul KIRCHHOF, 2009: Der europäische Staatenverbund. *Europäisches Verfassungsrecht*. Eds. Armin von Bogdandy and Jürgen Bast. Berlin: Springer. 1009–1043.
- Julius H. VON KIRCHMANN, 1990: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Freiburg: Haufe. Reprint of a 1st edition from 1848.
- Thomas KLEINLEIN, 2009: *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*. PhD Thesis. Frankfurt am Main.

- Martti KOSKENNIEMI, 2000: *General Principles. Sources of International Law*. Ed. Martti Koskenniemi, Aldershot: Dartmouth. 359–402.
- Stephen D. KRASNER, 1982: Structural Causes and Regime Consequences. *International Organization* (1982) 36. 185–205.
- Karl LARENZ in Claus-Wilhelm CANARIS, 1995: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer.
- Helmut LECHLER, 1971: *Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze*. Berlin: Ducker & Humblot.
- Koen LENAERTS, 2001: Sénat et Chambre des représentants de Belgique. *Les finalités de l'Union européenne*. Brussels: Conseil. 14.
- 2004: 'In the Union We Trust'. *Common Market Law Review* (2004) 41. 317–343.
- Koen LENAERTS in Tim CORTHAUT, 2008: Towards an Internally Consistent Doctrine on Invoking Norms of EU Law. *The Coherence of EU Law*. Eds. Sacha Prechal and Bert van Roermund. Oxford: Oxford University Press. 495–531.
- Niklas LUHMANN, 1993: *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Ronald MACDONALD (Ed.), 2005: *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*. Leiden: Nijhoff.
- Ute MAGER, 2003: *Einrichtungsgarantien*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Stelio MANGIAMELI (Ed.), 2006: *L'ordinamento Europeo: I principi dell'Unione*. Milano: Giuffrè.
- Franz MAYER, 2005: Europäisches Sprachenverfassungsrecht. *Der Staat* 44 (2005). 367–401.
- 2007: Die Rückkehr der Europäischen Verfassung?. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2007) 67. 1141–1217.
- Christoph MÖLLERS, 2009: Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung. *Europäisches Verfassungsrecht*. Eds. Armin von Bogdandy and Jürgen Bast. Berlin: Springer. 227–277.
- Joël MOLINIER (Ed.), 2005: *Les principes fondateurs de l'Union européenne*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Hermann MOSLER, 1951–1952: Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1951–1952) 14. 1–45.
- Friedrich MÜLLER and Ralph CHRISTENSEN, 2007: *Juristische Methodik: Bd. II Europarecht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Jo MURKENS, 2007: The Future of Staatsrecht. *The Modern Law Review* (2007) 70. 731–758.
- Matthias NIEDOBITEK, 2008: Der Vorrang des Unionsrechts. *Continuing the European Constitutional Debate*. Eds. Matthias Niedobitek and others. Berlin: Duncker & Humblot. 63–104.
- Carl F. OPHÜLS, 1965: Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planverfassungen. *Planung I*. Ed. Joseph Kaiser. Baden-Baden: Nomos.
- Matthias PECHSTEIN, 2003: Art. 6 EUV. *EUV/EGV*. Ed. Rudolf Streinz. München: Beck.
- Ingolf PERINCE in Franz MAYER, 2008: Nach Art. 6 EU. *Das Recht der EU*. Eds. Christoph Grabitz and others. München: Beck.
- Pierre PESCATORE, 1972: *Le droit de l'intégration*. Leiden: Sijthoff.
- 2008: Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire. *Études de droit communautaire européen 1962–2007*, Brussels: Bruylant. 691.
- Anne PETERS, 2006: Compensatory Constitutionalism. *Leiden Journal of International Law* (2006) 19. 579–610.
- Jean-Claude PIRIS, 2006: *The Constitution for Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- John RAWLS, 1999: *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press. Spremenjena izdaja (prva izdaja 1972).
- Franz REIMER, 2001: *Verfassungsprinzipien*. Berlin: Ducker & Humblot.
- Hans-Werner RENGELING and Peter SZCZAKALLA, 2004: *Grundrechte in der Europäischen Union*. Köln: Heymanns.
- Gunnar Folke SCHUPPERT and Christian BUMKE, 2000: *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*. Baden-Baden: Nomos.
- Ulrich SIEBER, Die Zukunft des Europäischen Strafrechts – Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 121 (2009), 1–67.

- Larry SIEDENTOP, 2000: *Democracy in Europe*. London: Allen Lane.
- Francis G. SNYDER, 1995: General Course on Constitutional Law of the European Union. *Collected Courses of the Academy of European Law*. Ed. Academy of European Law. Oxford: Oxford University Press. 41–155.
- 2002: Editorial: Dimensions and Precipitates of EU Constitutional Law. *European Law Journal* (2002) 8. 315–318.
 - 2003: The Unfinished Constitution of the European Union. *European Constitutionalism Beyond the State*. Eds. Joseph H. H. Weiler and Marlene Wind. Cambridge: Cambridge University Press. 55–73.
- Eric STEIN, 1981: Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution. *American Journal of International Law* (1981) 75. 1–27.
- Rudolf STREINZ, Christoph OHLER and Christoph HERRMANN, 2008: *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*. München: Beck.
- Christoph STUMPF, 2008: Art. 3 EU. *EU-Kommentar*. Ed. Jürgen Schwarze. Baden-Baden: Nomos.
- Takis TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Robert UERPMANN-WITZACK, 2009: Völkerrechtliche Verfassungselemente. *Europäisches Verfassungsrecht*. Ed. Armin von Bogdandy and Jürgen Bast. Berlin: Springer. 177–225.
- Roberto M. UNGER, 1983: The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review* 96 (1983). 561–675.
- Uve VOLKMANN, 2008: Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (2008) 67. 57–128.
- Max WEBER, 1972: *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr.
- Joseph H. H. WEILER, 1996: European Neo-Constitutionalism. *Political Studies* (1996) 44. 517–533.
- Ewald WIEDERIN, 2007: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Österreich. *Ius Publicum Europaeum I*. Eds. Armin von Bogdandy and others. Heidelberg: C.F. Müller. § 7.
- European Union. Court of Justice (<http://curia.europa.eu>):
- 7/61 (Kommission/Italy), *ECR* 1961, 695.
 - 26/62 (van Gend en Loos), *ECR* 1963, 1.
 - 117/76 in 16/77 (Ruckdeschel), *ECR* 1977, 1753.
 - 113/80 (Kommission/Ireland), *ECR* 1981, 1625.
 - 294/83 (Les Verts/Parliament), *ECR* 1986, 1339.
 - C-314/89 (Rau), *ECR* 1991, I-1647.
 - C-6/90 and C-9/90 (Francovich), *ECR* 1991, I-5357.
 - Opinion 1/91 (EEA Agreement), *ECR* 1991, I-6079.
 - C-98/91 (Herbrink), *ECR* 1994, I-22.
 - C-46/93 and C-48/93 (Brasserie du pêcheur), *ECR* 1996, I-1029.
 - 2/94 (EKČP), *ECR* 1996, I-1759.
 - C-162/96 (Racke), *ECR* 1998, I-3655.
 - C-376/98 (Germany/Parliament and Council), *ECR* 2000, I-8419.
 - C-50/00 P (Union de Pequenos Agricultores/Council), *ECR* 2002, I-6677.
 - C-465/00, C-138/01 and C-139/01 (ORF), *ECR* 2003, I-4989.
 - C-361/01 P (Kik/OHIM), *ECR* 2003, I-8283.
 - C-36/02 (Omega), *ECR* 2004, I-9609.
 - C-255/02 (Hailfax), *ECR* 2006, I-1609.
 - C-263/02 P (Kommission/ Jégo-Quére), *ECR* 2004, I-3425.
 - C-540/03 (Parliament/Council), *ECR* 2006, I-5769.
 - C-354/04 (Gestoras Pro Amnistia and others/Council), *ECR* 2007, I-1579.
 - C-355/04 (Segi and other/Council), *ECR* 2007, I-1657.
 - C-303/05 (Advocaten voor de Wereld – European Arrest Warrant), *ECR* 2007, I-3633.
 - C-305/05 (Ordre des barreaux francophones et germanophone), *ECR* 2007, I-5305.
 - C-402/05 P and C-415/05 P (Kadi and others/Council), *ECR* 2008, I-6351.
 - C-438/05 (International Transport Workers' Federation), *ECR* 2007, I-10779.
 - C-133/06 (Parliament/Council), *ECR* 2008, I-3189.
 - C-301/06 (Ireland/Parliament and Council), *ECR* 2009, I-0593.
 - C-308/06 (Intertanko), *ECR* 2008, I-4057.
 - C-49/07 (MOTOE), *ECR* 2008, I-4863.
 - C-162/07 (Ampliscentifica), *ECR* 2008, I-4019.

General Court:

- T-172/98 (Salamander and others/Parliament and Council), *ECR* 2000, II-2487.
- T-28/03 (Holcim/Commission), *ECR* 2005, II-1357.

Advocate General:

- AG Kokott: Opinion, C-387/02, 391/02 and 403/02 (Berlusconi and others), *ECR* 2005, I-3565.

European Union. European Council:

- European Council, 21/22 June 2007, Presidency Conclusions (11177/1/07 REV 1), Annex I: IGC Mandate, available at www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/94932.pdf

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

- 2 BvE 2/08 and others, from 30th June 2009 – BverfG 123, 267 (Treaty of Lisbon).
- 2 BvR 2236/04, from 18th June 2005 – BverfG 113, 273 (European Arrest Warrant).
- 2 BvR 687/85, from 8th April 1987 – BVerfG 75, 223 (Kloppenburg).

Germany. Federal Government:

- Denkschrift der Bundesregierung zum Vertrag von Lissabon, 13th December 2007, *Bundesrat Drucksache* 928/07, 133.

World Trade Organisation. Appellate Body (www.wto.org):

- Cases WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R from 16th October 2008 (EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)).

Author's short biography

Armin von Bogdandy is a director of the Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law in Heidelberg and professor of public law, EU law and legal philosophy at the Johann-Wolfgang-Goethe University in Frankfurt/Main. Currently he has been appointed Senior Emile Noel Fellow at the New York University Global Law School for the period of 2010-2015. He is a member of the Scientific Committee of the EU Fundamental Rights Agency and president of the OECD Nuclear Energy Tribunal.

Translator's short biography

Maja Smrkolj, LL.M., studied law at the Faculty of Law in Ljubljana and at the University of Heidelberg. Since 2006, she has been working as a research fellow at the Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law in Heidelberg, where she is also preparing her doctoral thesis on EU and international law aspects of treaties concluded by EU Member States under the supervision of Armin von Bogdandy.

Synopsis

Vittorio Villa

A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation

Key words: legal interpretation; formalist, anti-formalist, eclectic, and pragmatically oriented theory of legal interpretation; static and dynamic theory of meaning; sense, reference, context

Summary: 1. The Central Role of Interpretation in Contemporary Legal Theories. – 2. Some Outline Definitions of a General Character. – 3. Some Definitions Concerning Legal Interpretation. – 4. Three Conceptions of Legal Interpretation. – 5. The Common Semantic Presupposition of These Three Conceptions. – 6. The Conditions for a Pragmatically Oriented Theory of Meaning. – 7. The Features of a Pragmatically Oriented Theory. – 8. Sense and Reference. – 9. The Progressive Formation of Meaning.

Based on a dynamic approach to the understanding of meaning, the author develops what he calls a pragmatically oriented theory of legal interpretation. This theory differs both from formalistic and anti-formalistic approaches to legal interpretation, for interpretation is, according to the author, at the same time a discovery of some levels of meaning and a construction of other levels of meaning. Meaning is thus understood as a gradual entity, which forms at various levels. It implies both the inter-linguistic dimension (*i.e.* sense) and the language-world relation (*i.e.* reference). It is never produced once and for all, but is rather formed progressively, that is, step by step. In this, the context is essential. The context is only provided in a concrete (real or paradigmatic) case, for which we are to interpret a certain legal disposition. For that reason, it is a judge as the interpreter of the text who (besides the author of the same text) necessarily contributes to the final definition of its meaning.

References

- John L. AUSTIN, 1970: *Philosophical Papers*. First edition 1961. Oxford: Oxford University Press.
- Gordon P. BAKER and Peter M. S. HACKER, 1984: *Language, Sense and Nonsense. A Critical Investigation into Modern Theories of Language*. Oxford: Blackwell.
- Mauro BARBERIS, 1999: Il sacro testo. L'interpretazione giuridica fra ermeneutica e pragmatica. *Ars interpretandi* 1999. 282–289.
- Claudia BIANCHI, 2001: *La dipendenza contestuale. Per una teoria pragmatica del significato*. Napoli: ESI.
- Robert BRANDON, 1994: *Making it Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Eugenio BULYGIN, 1985: Norms and Logic. Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms. *Law and Philosophy* 4 (1985) 2.
- Pierluigi CHIASSONI, 2003: Codici interpretativi. Progetto di voce per un "vademecum" giuridico. *Analisi e diritto* 2002–2003 (www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/). – 2007: *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino.
- Marcelo DASCAL and Jerzy WRÓBLEWSKI, 1988: Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law. *Law and Philosophy* 7 (1988). 203–224.
- Michael DUMMETT, 1976: What is a Theory of Meaning? (II). *Truth and Meaning. Essays in Semantics*. Eds. Gareth Evans and John McDowell. Oxford: Clarendon Press. – 1993: *Seas of Language*. Oxford: Clarendon Press.
- Ronald DWORKIN, 1985: *A Matter of Principle*. Cambridge MA: Harvard University Press. – 1986: *Law's Empire*. London: Fontana Press. Italian trans., 1989: *L'impero del diritto*. Milano: Il Saggiatore.
- Luigi FERRAJOLI, 1989: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Bari: Laterza.
- Walter B. GALLIE, 1956: Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society* LVI (1955–56). 167–198.
- Paul GRICE, 1989: *Studies in the Ways of Words*. Harvard: Harvard University Press.
- Riccardo GUASTINI, 1990: *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli. – 1998: La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano. *Ragion Pratica* (1998) 11. 185–206. – 1999: Due esercizi di non-cognitismo. *Analisi e diritto* 1999. 278–279. (www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/) – 2008: *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne.
- Richard HARE, 1952: *The Language of Morals*. London: Oxford University Press. Italian trans., 1968: *Il linguaggio della morale*. Roma: Ubaldini.
- Herbert L. A. HART, 1994: *The Concept of Law* (First Edition 1961). 2nd Edition with a Postscript. Oxford: Clarendon Press. Italian trans., 2002: *Il concetto di diritto*. Torino: Einaudi.
- Mary HESSE, 1980: *Revolutions and Reconstructions in the Philosophy of Science*. Brighton: Harvester Press.
- Mario JORI, 1995: Definizioni legislative e pragmatica giuridica. *Analisi e diritto* 1995.
- Hans Kelsen, 1960: *Reine Rechtslehre*. 2nd Edition. Wien: Franz Deuticke. Italian trans., 1975: *La dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi.
- Ruth KEMPSON, 1977: *Semantic Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ronald LANGACKER, 1987 & 1991: *Foundations of Cognitive Grammar. Volumes I and II*. Stanford: Stanford University Press.
- Neil MacCORMICK, 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press. Italian trans., 2001: *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Andrei MARMOR, 1992: *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Mark PLATTS, 1979: *Ways of Meaning. An Introduction to Philosophy of Language*. London: Routledge & Kegan.
- Francesca POGGI, 2007: Contesto e significato letterale. *Analisi e diritto* 2006–2007. 196–203. (www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/)
- Hilary PUTNAM, 1975: *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers. Vol. II*. Cambridge: Cambridge University Press.

- François RECENATI, 2004: *Literal Meaning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Richard RORTY, 1967: Metaphilosophical Difficulties of Linguistic Philosophy. Introduction. *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*. Ed. Richard Rorty. Chicago, London: The University of Chicago Press.
- John SEARLE, 1979: *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech*. Cambridge: Cambridge University Press.
- 1980: The Background of Meaning. *Speech Act Theory and Pragmatics*. Eds. John Searle, Ferenc Kiefer and Manfred Bierwisch. Dordrecht, Springer. 221–232.
- Jason STANLEY, 2007: *Language in Context. Selected Essays*. Oxford: Oxford University Press.
- Peter F. STRAWSON, 1957: Construction and Analysis. *The Revolution in Philosophy*. Eds. Alfred J. Ayer and others. London: MacMillan.
- Giovanni TARELLO, 1974: *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- 1980: *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.
- Charles TRAVIS, 1998: *Pragmatics. A Companion to the Philosophy of Language* (First edition 1997). Eds. Bob Hale and Crispin Wright. 2nd Edition. Oxford: Blackwell. 87–102.
- Vittorio VILLA, 2004: *Il positivismo giuridico. Metodi, teorie e giudizi di valore*. Torino: Giappichelli.
- Francesco VIOLA and Giuseppe ZACCARIA, 1999: *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Bari: Laterza.

Author's short biography

Vittorio Villa is a full professor of legal philosophy at the University of Palermo (Italy) and a member of the editorial board of the journal *Ragion Pratica*. In Palermo and in Agrigento he also teaches legal methodology. In 1996, he was a visiting professor at the University of Edinburgh. His list of publications consists of numerous essays for various journals in Italian, French, English and Spanish. He has also published a few books. In *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali* (Giuffrè, 1984) he discusses models and analogies between the theories of the legal science and those of the natural sciences. *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo* (Giappichelli, 1993) treats the legal knowledge and the concept of positive law. *The history of analytical philosophy of law is put at light in Storia della filosofia del diritto analitica* (Il Mulino, 2003). His book on constructivism and legal theories—*Costruttivismo e teorie del diritto* (Giappichelli, 1999)—will soon have its Spanish translation, whereas his work on legal positivism—*Il positivismo giuridico. Metodi, teorie e giudizi di valore* (Giappichelli, 2004)—is actually being translated in Portuguese.

Translator's short biography

Tilen Štajnpihler is a junior researcher and a doctoral student at the chair for legal theory and sociology of law at the Faculty of law, University of Ljubljana.

Synopsis

Eugenio Bulygin

Judicial Decision and Creation of Law

Keywords: elements of a judicial decision, conclusion, motivation; general norms, individual norms, and definitions; their validity, bindingness, force, efficacy

Summary: 1. Elements of a Judicial Decision. – 2. What Type of Norms Do Judges Create? – 3. Some Conceptual Distinctions. – 4. Are Judge-Made General Norms Legal Norms? – 5. Case-law as a Source of Law.

The purpose of this essay is to examine the structure of judicial decisions and the role the judges play in the creation of law. The author analyses two theses, which are widely accepted among legal philosophers and lawyers on the one hand, but seem to be dangerously misleading, on the other. According to the first of these two theses, 1) judicial decisions are individual legal norms. The second one states 2) that by dictating individual legal norms judges create law. In exchange, the author of this essay grounds the following claims: a) Judicial decisions are complex entities consisting of both individual and general norms. b) In a relevant sense of “creating”, a judge does not create individual norms; if anything, a judge—at least in certain cases—creates general norms. c) Those judge-made general norms are not binding. However, they may acquire force and, in that case, they become an integral part of a legal order. d) It is by providing definitions of legal concepts that judges make important contribution to the creation of law. e) The case-law consists of general norms in force, created by judges, and of definitions in force formulated by them. – This being in force has to be distinguished not only from validity (and bindingness), but also from efficacy of norms and definitions. The text (republished a few times and in various languages) was originally published in 1966 in the journal *La Ley* 124. The Slovenian translation here is made by Andrej Kristan. References to the original shall go to Eugenio Bulygin, *Sentencia judicial y creación de derecho*, in: Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, 355–369.

References

- Carlos. E. ALCHOURRÓN, 1965: Juristische Argumente a fortiori und a pari. *ARSP – Archiv für Rechts, und Sozialphilosophie* 1965, Beiheft 41 (Neue Folge 4).
 – 1991: Los argumentos jurídicos a Fortiori y a Pari. Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de estudios constitucionales. 3–24.
- John L. AUSTIN, 1962: *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press.
 – 1990: *Kako napravimo kaj z besedami*. Slovenia trans. Bogdan Lešnik. Ljubljana: ŠKUC, Znanstveni inštitut Filozofske fakultete (Studia humanitatis).
- Eugenio BULYGIN, 1965: Der Begriff der Wirklichkeit. *ARSP – Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 1965, Beiheft 41 (Neue Folge 4).
- Genaro R. CARRIÓ, 1965: Sentencia arbitraria. *Revista jurídica de Buenos Aires* 1/1965.
 – 1965: *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires.
- Carlos COSSIO, 1964: *Teoría egológica del derecho*. 2nd Edition. Buenos Aires.
- Julio C. CUETO RÚA, 1961: *Fuentes del Derecho*. Buenos Aires.
- Herbert L. A. HART, 1958: Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review* 71 (February 1958) 4. 593–629.
 – 1961: *Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- 1994: *Koncept prava*. Slovenian trans. Jelka Kernev-Štrajn. Ljubljana: Študentska organizacija univerze (Prevodi).
- Hans KELSEN, 1958: *Teoria General del Derecho*. Castilian trans. Eduardo García Mayez. Mexico.
 – 1960: *Reine Rechtslehre*. 2nd Edition. Vienna: F. Deuticke.
- Revista La Ley*, vol. 107, 185.
 – vol. 89, 531
 – vol. 99, 534.
- Alf ROSS, 1958: *On Law and Justice*. London.
- Sebastián SOLER, La llamada norma individual, *Revista La Ley*, vol. 66, 847.
 – 1962: *La interpretación de la ley*. Barcelona: Ariel.
- Roberto J. VERNENGO, 1960: La función sistemática de la norma fundamental. *Revista jurídica de Buenos Aires* 1-2/1960.
- José VILANOVA, Acerca de la norma individual, *Revista La Ley*, vol. 67, 811.
- Georg Henrik VON WRIGHT, 1963: *Norm and Action*. London: Routledge and Kegan Paul.
- Friedrich WAISMANN, 1960: Verifiability. *Logic and Language*. Ed. Antony Flew. 1st Edition. Oxford: Basil Blackwell.

Author's short biography

Eugenio Bulygin is today professor emeritus of the University of Buenos Aires and an honorary president of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR). He was formerly a full-professor and a dean of the Faculty of Law, University of Buenos Aires, and a judge at the Federal appellate chamber in civil and commercial matters (Argentina). He got his doctorate in law and social sciences from the University of Buenos Aires. He studied as well at the Universities of Köln, Bonn and Oxford. In a position of a visiting professor, he has hold numerous lectures at many universities in Europe and Latin America. He has been awarded the Konex and the Humboldt prizes, and two doctorate degrees honoris causa, one from the University of Bahia Blanca (Argentina) and another one from the University of Alicante (Spain). His list of publications include one of the grand books in jurisprudence: Normative Systems (New York, 1972) co-authored with Carlos E. Alchourrón. He has translated nine books and has published fifteen

authored or co-authored books. Over one hundred of his articles on the topics of deontic logic and legal theory (in Spanish, English, German, Italian, French, and Russian) have appeared in many of the most renowned jurisprudential journals.

Translator's short biography

Andrej Kristan is a co-editor of Revus. He holds degrees in law (Ljubljana), French legal studies (Poitiers), philosophy of law (Paris 2 Panthéon-Assas), history of legal institutions (Poitiers), legal argumentation (Alicante) and theory of law (European Academy of Legal Theory, Brussels). He is currently preparing his doctoral thesis at the "Giovanni Tarello" Department of Legal Culture at the Faculty of Law, University of Genoa.

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). 1ff.
- 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 Symposium 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.

Synopsis

Tadej Dubrovnik

System of Elections and Powers of a President of the Republic in Baltic States and in Slovenia

Key words: president of the republic, head of state, presidential election, *parliamentary system*, *Baltic countries*, Estonia, Latvia, Lithuania

Summary: 1. Introduction. – 2. President of the Republic of Estonia. – 2.1. *Position*. – 2.2. *Election*. – 2.3. *Powers*. – 3. President of the Republic of Latvia. – 3.1. *Position*. – 3.2. *Election*. – 3.3. *Powers*. – 4. President of the Republic of Lithuania. – 4.1. *Position*. – 4.2. *Election*. – 4.3. *Powers*. – 5. Comparative Perspective. – 6. Conclusion.

The analysis of the position, powers, and election of the presidents of Estonia, Lithuania, and Latvia shows that the powers of these presidents are predominantly representative. Latvia and Estonia have developed a typical parliamentary systems with indirectly elected presidents. The president of Lithuania, however, has somehow stronger powers in relation to the parliament and the cabinet. Lithuania therefore shows some signs of a semi-presidential systems. It is thus understandable that the president of Lithuania is elected directly, since direct elections give him or her some more legitimacy. When one compares the powers and position of the Slovenian president to the presidents of the three Baltic States, one can conclude that the president of Slovenia is the weakest of the four. Slovenian president is the only one of the four, who does not have a right of veto. Slovenian and Estonian presidents do not have a power of countersignature. When we compare the nominations of the prime ministers in the four states, we note that the position of the Slovenian president is the weakest since he only holds the power to suggest and not to appoint the prime minister. We conclude that usually directly elected presidents are also stronger in powers, but Slovenia seems to be an exception to this rule.

References

- Andre BRODOCZ, Hans VORLÄNDER, 2008a: Estland. Verfassung. www.bpb.de/themen/7GWU95,0,0,Verfassung.html (5.2.2008).
 – 2008b: Litauen. Verfassung. www.bpb.de/themen/WMKA5H,0,0,Verfassung.html (5.2.2008).
- Dzintra BUNGS, 2004: Estland. *Europa Handbuch: Band 2: Die Staatenwelt Europas*. Ed. Weidenfeld. Gütersloh: Verlag Bertelsmann Stiftung. 113–124.
- Centre for the Study of Public Policy, University of Aberdeen: Baltic Voices. http://www.balticvoices.org/lithuania/lithuanian_elections.php (3.2.2008).
- Miro CERAR, 1997: Položaj in vloga predsednika Republike Slovenije. *Teorija in praksa* 5/1997. 777.
- Tadej DUBROVNIK, 2008: *Položaj šefa države v vzhodnoevropskih državah članicah EU*. Diplomatska naloga. Maribor: Pravna fakulteta.
 – 2009: The Position, Election and Powers of the President of the Republic of Estonia. *Lex Localis - journal of Local Self-government* 1/2009. 19–32.
- Timothy FRYE, 1997: A Politics of Institutional Choice: Post-Communist Presidencies. *Comparative Political Studies* 5/1997. 523–552.
- Franc GRAD, 1995: Nekatere značilnosti razmerij med državnim zborom, državnim svetom, predsednikom republike in vlado. *Javna uprava* 4/1995. 457–476.
 – 2000: *Parlament in vlada*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
 – 2002: Predsednik vlade in ministri. *Podjetje in delo* 6-7/2002. 1260–1270.
 – 2004: *Volitve in volilni sistem*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Franc GRAD, Igor KAUCIČ, Ciril RIBIČIČ, Ivan KRISTAN, 1999: *Državna ureditev Slovenije*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Franc GRAD, Ivan KRISTAN, Anton PERENIČ, 2006: *Primerjalno ustavno pravo*. Ljubljana: Scripta.
- Merle HEITER, Reelika HALJASMÄE, Tanel KASK, 2004: *The Supreme Court of Estonia*. Ed. Marelle Leppik. Tartu: Elmatar Publishing House.
- Detlef HENNING, 2004: Lettland. *Europa Handbuch: Band 2: Die Staatenwelt Europas*. Ed. Weidenfeld. Gütersloh: Verlag Bertelsmann Stiftung. 212–221.
- IFES Election guide: Election profile for Latvia. www.electionguide.org/election.php?ID=365, (2.2.2009).
- Wolfgang ISMAYR, 2004: Die politischen Systeme der EU-Beitrittsländer im Vergleich. *Das Parlament - Aus Politik und Zeitgeschichte*. 5–15.
- Wolfgang ISMAYR, 2006: Die politischen Systeme Osteuropas im Vergleich. *Die politischen Systeme Osteuropas*. Ed. Ismayr. Wiesbaden: Vs Verlag.
- Susanne JUNGERSTAM-MULDERS, 2006: *Post-Communist EU Member States: Parties And Party Systems*. Hampshire: Ashgate Publishing.
- Igor KAUCIČ (Ed.), 1992: *Nova ustavna ureditev Slovenije: zbornik razprav*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Igor KAUCIČ, 1995: Funkcije predsednika republike in državni zbor. 1. strokovno srečanje pravnikov s področja javnega prava. 257–272.
- Igor KAUCIČ, Franc GRAD, 2000: *Ustavna ureditev Slovenije*. Ljubljana: GV. 251.
- Andrej KRISTAN, 2001: CIII. URS. O dvokratnosti zaporedoma. *Pravna praksa* 3/2001.
- Matevž KRIVIC, 2001: Vaja v argumentiranju: Je lahko nekdo trikrat izvoljen za Predsednika Republike? *Pravna praksa* 7/2001.
- Jana LAASCH, 2008a: Staat und Regierung in Estland. www.europa-digital.de/laender/est/staat/ (18.2.2008).
 – 2008b: Staat und Regierung in Lettland. www.europa-digital.de/laender/let/staat/ (18.2.2008).
 – 2008c: Staat und Regierung in Litauen. www.europa-digital.de/laender/lit/staat/ (18.2.2008).
- Mikko LAGERSPETZ, Konrad MAIER, 2006: Das politische System Estlands. *Die politischen Systeme Osteuropas*. Ed. Ismayr. Wiesbaden: Vs Verlag.
- Arnas LAZDAUSKAS: The Head of State is Impeached. http://www.liw.lt/archive_vid.php?shid=1083912738&id=1083912034 (15.2.2008).
- Christian LUCKY, 1993: A Comparative Chart of Presidential Powers in Eastern Europe. *East European Constitutional Review* 4/1993. 81–94.
- Press and Information Department, Ministry of Foreign Affairs, Estonia Today - Presidential

- elections, *web-static.vm.ee/static/failid/422/Presidential_elections_2006.pdf* (4.11.2008).
- Press and Information Department, Ministry of Foreign Affairs, 2006: Estonia Today - Presidential elections. *web-static.vm.ee/static/failid/422/Presidential_elections_2006.pdf* (4.11.2008).
- Miha RIBARIČ, 2002a: Pristojnosti predsednika republike. *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Ed. Lovro Šturm. Ljubljana: Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije. 836–838.
- 2002b: Status Predsednika Republike Slovenije v sistemu vladanja. http://www2.gov.si/up-rs/1992-2002/mk.nsf/PRI_ODG?OpenView. (4.11. 2008).
- Regnum News Agency: Latvian parliament elects doctor, not "spotted" by ties with Communist Party, as president. www.regnum.ru/english/836293.html (2.2.2009).
- Ciril RIBIČIČ, 1992: Ustavni položaj predsednika republike. *Nova ustavna ureditev Slovenije: zbornik razprav*. Ed. Igor Kaučič. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- 2002: Šef države ali šef protokola. *Pravna praksa* 19/2002. 4–5.
- Richard ROSE, Neil MUNRO, 2003: *Elections and Parties in New European Democracies*. Washington, D.C.: CQ Press.
- Janko RUPNIK, Rafael CIJAN, Božo GRAFENAUER, 1996: *Ustavno pravo Republike Slovenije - posebni del*. Maribor: Pravna fakulteta.
- Thomas SCHMIDT, 2003: *Die Aussenpolitik der baltischen Staaten*. Wiesbaden: VS Verlag.
- 2006: Das politische System Lettlands. *Die politischen Systeme Osteuropas*. Ed. Ismayr. Wiesbaden: VS Verlag.
- Alan SIAROFF, 2003: Comparative presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction. *European Journal of Political Research* 3/2003. 287–312.
- Joachim TAUBER, 2004: Litauen. *Europa Handbuch, Band 2: Die Staatenwelt Europas*. Ed. Weidenfeld. Gütersloh: Verlag Bertelsmann Stiftung. 221–231.
- 2006: Das politische System Litauens. Ed. Ismayr. *Die politischen Systeme Osteuropas*. Wiesbaden: VS Verlag.
- Andraž TERŠEK, 2001: O referendumu: še vedno premalo pravne kulture. *Pravna praksa* 18/2001.
- 2004a: Sociološka analiza vloge medijev v procesu volitev - od transformacije do machoizma. *Javna uprava* 4/2004. 605–633.
- 2004b: Zreferendumom nad demokratičnost in legitimnost. *Pravna praksa* 7/2004.
- 2005: O zlorabi referenduma, s primerom "votlosti" referendumskega odločanja. *Revus* (2005) 4. 75–82 (www.revus.eu).
- 2006: Predsednik in ustava - ponižanje in razžaljenje!? *Pravna praksa* 8/2006.
- 2007: Demokracijo lahko slabi tudi pomanjkanje pristojnosti: kakovost demokracije je pogojena s porazdeljenostjo moči. *Mladina* 17/2007. 21–22.
- Jurij TOPLAK, Tadej DUBROVNIK, 2009: *Presidential powers in the Eastern European democracies: a comparative overview*. Predavanje na konferenci. Chicago: »67th Annual National Conference: Midwest Political Science Association«.
- Jurij TOPLAK, Alen HODNIK, 2006: Elektronsko glasovanje na volitvah - izkušnje in dileme izbranih držav = Electronic ballot in elections - experiences and dilemmas in the selected states. *Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru* 2/2006, 51–67.
- Watch – Estonia, 2001: *East European Constitutional Review* 4/2001.
- Saša ZAGORC, 2004: *Institut protipodpisa aktov šefa države*. Magistrska naloga. Ljubljana: Pravna fakulteta.

Author's short biography

Tadej Dubrovnik is a Teaching Assistant and a Young Researcher at the University of Maribor Faculty of Law. He is an author and a co-author of a few works in the area of Constitutional Law and Comparative Constitutional Law. He is a member of the European Election Law Association. Occasionally he serves as an international election observer. His research is focused primarily on the position of the Head of State and on the Election Law.

Synopsis

Xavier Aurey, Aurore Catherine, Anne-Sophie Denolle, Marie Rota,
Vincent Souty and Antoine Siffert

French Constitutional Law Chronicle

January 2009–December 2009

Key words: principle of intelligibility of the statutes, principle of sincerity and clarity of the parliamentary debate, separation of powers, interpretive reservations, principle of equality, Internet

Summary: 1. Introduction – 2. Mechanisms of Control. – 2.1. *Principle of Intelligibility of the Statutes and Principle of Sincerity and Clarity of the Parliamentary Debate.* – 2.2. *Separation of Competences.* – 2.3. *Interpretive reservations.* – 3. Substantial Control. – 3.1. *Principle of Equality.* – 3.2. *Protection of Author's Rights and Access to the Internet.*

Stating some interpretive reservations, the French Constitutional Council developed, in 2009, his case-law on the principles of intelligibility of the statutes, sincerity and clarity of the parliamentary debate, and separation of competences. Besides these formal aspects, the Council also touched some of the substantive rights guaranteed by the Constitution, namely the principle of equality and the rights on the Internet. The Chronicle is published in the French original (which will appear as well in *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux* with the Presses de l'Université de Caen) and in its Bosnian translation by Asja Žujo.

References

- Laurence BAGHESTANI-PEREY, Anne-Laure CASSARD-VALEMBOS, Laetitia JANICOT, 2008: Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°6 (premier semestre 2008) (1^{ère} partie). *Petites Affiches* 2008-260. 6–19.
- Laurence BAGHESTANI, Anne-Laure CASSARD-VALEMBOS, Laetitia JANICOT, 2009a: Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°7. *Petites Affiches* 2009-153.
- 2009b: Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°7 (suite et fin). *Petites affiches* 2009-155.
- André BARILARI, 2010: La contribution carbone et le conseil constitutionnel : une censure annoncée ?, *La semaine juridique. Édition générale* 2010-3. 39–42.
- Philippe BILLET, 2010: L'invalidation de la contribution carbone. *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales* 2010-4. 31–35.
- Aurélien BINET-GROSCLAUDE, 2009: La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des AAI ?. *Droit pénal* 2009-11.
- Pierre BON, 2009: La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009. *RFDA – Revue française du droit administratif* 2009.
- Jean CEDRAS, *Le téléchargement illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur, Rapport à Monsieur le Ministre de la Culture et de la Communication*, avril 2007.
- Jean-Baptiste DENEUVILLERS, 2006: Le contrôle interne de constitutionnalité des lois. *Revue Administrative* (2006) 350.
- Alexis FRANK, 2009: Les critères objectifs et rationnels dans le contrôle constitutionnel de l'égalité. *RDP – Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1/2009.
- Richard GHEVONTIAN, Sophie LAMOUREUX, Olivier LE BOT, Erwan KERVICHE, 2009: Jurisprudence du Conseil constitutionnel. *RFDC – Revue française de droit constitutionnel* (2009/3) 79. 575–600.
- Valérie GOESEL-LE BIHAN, 2009: Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale, *Petites affiches* 2009-46. 62–69.
- Wanda MASTOR, 2009: La contribution carbone à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2009: chronique d'une mort - et d'une renaissance - annoncées ?, *AJDA Actualités Juridiques – Droit Administratif* 2009.
- Guillaume MERLAND, 2004: Le principe d'égalité. *Revue administrative* (July 2004) 340. 370–373.
- Michael PIATEK, Tadayoshi KOHNO, Arvind KRISHNAMURTHY, 2008: *Challenges and Directions for Monitoring P2P File Sharing Networks – or – Why My Printer Received a DMCA Takedown Notice*. University of Washington Technical Report. 9th June 2008. (http://dmca.cs.washington.edu/uw-cse_dmca_tr.pdf).
- Thierry RAMBAUD, Agnès ROBLOT-TROIZIER, 2009: Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit constitutionnel. *RFDA – Revue française du droit administratif* 2009.
- Dominique ROUSSEAU, 2006: Jurisprudence constitutionnelle 2005. *RDP – Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1/2006.
- Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, 2010: Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2009. *RDP – Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1/2010.
- Patrick WACHSMANN, 2009: La séparation des pouvoirs contre les libertés ?, *AJDA Actualités Juridiques – Droit Administratif*.

*

- French Court Decisions. Constitutional Council (www.conseil-constitutionnel.fr):
- C.C., déc. 73-51 DC (Taxation d'office) from 27th December 1973.
 - C.C., déc. 82-143 DC from 30th July 1982.
 - C.C., déc. 88-248 DC from 17th January 1989.
 - C.C., déc. 89-260 DC from 28th July 1989.
 - C.C., déc. 92-305 DC from 21st February 1992.
 - C.C., déc. 99-411 DC from 16th June 1999.
 - C.C., déc. 2000-433 DC from 27th July 2000.
 - C.C., déc. 2000-441 DC (Loi de finances rectificative pour 2000) from 28th December 2000.

- C.C., déc. 2001-455 DC (Loi de modernisation sociale) from 12th January 2002.
 - C.C., déc. 2002-461 DC from 29th August 2002.
 - C.C., déc. 2003-474 DC (Loi de programme pour l'outre-mer) from 17th July 2003.
 - C.C., déc. 2003-488 DC (Loi de finances rectificative pour 2003) from 29th December 2003.
 - C.C., déc. 2004-496 DC from 10th June 2004.
 - C.C., déc. 2004-499 DC from 29th July 2004.
 - C.C., déc. 2004-509 DC (Loi de programmation pour la cohésion sociale) from 13th January 2005.
 - C.C., déc. 2005-512 DC (Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école) from 21st April 2005.
 - C.C., déc. 2005-526 (Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale) from 13th October 2005.
 - C.C., déc. 2005-528 DC from 15th December 2005.
 - C.C., déc. 2006-537 DC (Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale) from 22nd June 2006.
 - C.C., déc. 2006-540 DC from 27th July 2006.
 - C.C., déc. 2008-562 DC from 21st February 2008.
 - C.C., déc. 2008-568 DC (Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail) from 7th August 2008.
 - C.C., déc. 2009-576 (Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France) from 3rd March 2009.
 - C.C., déc. 2009-577 DC (Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision) from 3rd March 2009.
 - C.C., déc. 2009-578 DC (Loi de mobilisation pour le logement et de lutte contre l'exclusion) from 18th March 2009.
 - C.C., déc. 2009-579 DC (Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution) from 9th April 2009.
 - C.C., déc. 2009-580 DC (Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet; Hadopi I) from 10th June 2009.
 - C.C., déc. 2009-581 DC (Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale) from 25th June 2009.
 - C.C., déc. 2009-582 DC (Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat) from 25th June 2009.
 - C.C., déc. 2009-584 DC (Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires) from 16th July 2009.
 - C.C., déc. 2009-587 DC (Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte) from 30th July 2009.
 - C.C., déc. n° 2009-588 DC (Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires; Repos dominical) from 6th August 2009.
 - C.C., déc. 2009-590 DC (Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet; Hadopi II) from 22nd October 2009.
 - C.C., déc. 2009-592 DC (Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie) from 19th November 2009.
 - C.C., déc. 2009-593 DC (Loi pénitentiaire) from 19th November 2009.
 - C.C., déc. 2009-594 DC (Loi relative à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports) from 3rd December 2009.
 - C.C., déc. 2009-595 DC (Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution) from 3rd December 2009.
 - C.C., déc. 2009-599 DC (Loi de finances pour 2010) from 29th December 2009.
 - C.C., déc. 2009-600 DC (Loi de finances rectificative pour 2009) from 29th December 2009.
- Ordinary Courts:
- TGI de Paris, decision from 21st June 2006, Pathe Renn Production et autres c/ 9 Telecom Réseau et autres.
 - TGI de Rennes, decision from 30th November 2006, Scpp, Sppf c/ Anne Sophie L.
 - TGI de Nantes, decision from 11th January 2007, Syndicat de l'édition vidéo et autres / Cynthia C., Sébastien G.
 - CA de Versailles, decision from 16th March 2007, Alain O. c/ Sacem et autres.
- State's Council: CE n°267744 from 7th February 2008.

Authors' short biographies

*Xavier Aurey is a PhD student at the Research Centre on Human Rights and Humanitarian Law (CRDH) of the University of Paris II Pantheon-Assas and a teaching assistant (ATER) at the University of Caen Basse-Normandie. He is writing a thesis on "Bioethics and international criminal responsibility" under the supervision of Prof. Emmanuel Decaux. A research associate of the Centre Thucydides (University of Paris II Panthéon-Assas) and of the Centre for Research on Fundamental Rights and Legal Developments (CRDFED, University of Caen Basse-Normandie), he is also a board member of the "Young researchers" at the French Society of International Law and the International Institute of Biomedical Research Ethics, and the Secretary General of the Fundamental Rights Law Clinic (University of Caen Basse-Normandie). Among his recent publication you will find: "Le droit international pénal de la bioéthique", in: *Droit international pénal*, Hervé Ascencio, Emmanuel Decaux, Alain Pellet (Eds.), 2nd Ed., Pédone (forthcoming in 2011); "L'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale", in: *Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Julian Fernandez, Xavier Pacreau (Eds.), Pédone (forthcoming in 2010; accessible from: www.commentaire-cpi.com); "The Universal Declaration of Human Rights and Armed Conflicts: from Fragmentation to Complexity", *Annuaire Brésilien de Droit International*, vol.4-2, 2009, pp.48-67.*

*Aurore Catherine is a Ph.D. student at the Centre for Research on Fundamental Rights and Legal Developments (CRDFED) and a teaching assistant (ATER) at the University of Caen Basse-Normandie. She is writing a thesis on "Medical power and patient's rights" under the supervision of Prof. Marie-Joelle Redor-Fichot and Prof. Gilles Lebreton. Among her recent publication: "Les droits du patient à l'épreuve des politiques économiques de santé", *Santé et droit*, Les Etudes hospitalières (forthcoming in October 2010), and "L'assimilation de l'embryon à l'enfant ?", *Les cahiers de la recherche en droits fondamentaux*, n°5, 2006, pp. 79-96.*

*Anne-Sophie Denolle is a Ph.D. student at the CRDFED and ATER at the University of Caen Basse-Normandie. She is writing a thesis on "The mayor and the environment" under the direction of Prof. Marie-Joelle Redor-Fichot. She is a member of the CRDFED and of the French Society for Environmental Law. Her recent publications: "Les marges de manœuvre des maires face à l'application des Plans de Prévention du Risque Inondation", *Revue en ligne Risques Etudes et Observations (RISEO)*, n°1, 2010 (in collaboration with Johnny Douvinet).*

Marie Rota is a Ph.D. student at CRDFED and a teaching assistant at the University of Le Havre. She is writing a thesis on the topic: "Comparison of jurisprudence of the European Court and the Inter-American Court of Human Rights.

The interpretation of the conventions of reference”, under the supervision of Prof. Marie-Joelle Redor-Fichot and Prof. Gilles Lebreton. She is also an associate member of the Group for Research and Studies in Fundamental Law, International and Comparative Law (GREDFIC, University of Le Havre) a member of the Centro de Direito Internacional (CEDIN, Brazil), and of the Interdisciplinary Research Group on Brazil (GRIB). She has recently published “La déclaration universelle des droits de l’homme et la Convention Américaine des Droits de l’Homme : principale source des droits garantis ?”, Les cahiers de la recherche en droits fondamentaux, n°7, 2009, pp. 63–71; “La réforme du Conseil de Sécurité de l’ONU, une perspective sud-américaine”, Observateur des Nations Unies, vol. 24, 2009 (in collaboration with Leonardo Nemer C. Brant); and in this journal “Caselaw of the Interamerican Court of Human Rights. Chronicle for the Year 2008”, Revus – European Constitutionality Review (2009) 9, 129–138 (www.revus.eu).

Antoine Siffert is a Ph.D. student at the University of Le Havre. He graduated from the Institut d’Etudes Politiques in Strasbourg. Currently, he is writing a thesis on “Liberalism and public service” under the supervision of Prof. Gilles Lebreton.

Vincent Souty is a Ph.D. student at the CRDFED and a teaching assistant at the University of Le Havre. He is writing a thesis on “The entrenchment of emergency powers: Test of Comparative Law” under the supervision of Prof. Lauréline Fontaine. He is also an associate member of the GREDFIC, a member of CEDIN (Brazil), and of the GRIB. Among his recent publications you will find: “La res judicata dans l’Affaire du Génocide (C.I.J. arrêt du 27 février 2007”, Anuário Brasileiro de Direito Internacional III, vol. 2, 2008; “Comentario do Artigo 2 paragrafo 6”, in: Comentario da Carta das Nações Unidas, Leonardo Nemer C. Brant (Ed.), Belo Horizonte, Del REY, 2008, pp. 113–121 (in collaboration with Marie Rota); and for our journal “Nova razdelitev oblasti v bolivijski ustavi”, Revus – Revija za evropsko ustavnost (2009) 9, pp. 139–146 (www.revus.eu).

Translator's short biography

Asja Žujo, born in Sarajevo, studied in the United States of America. She graduated with the degree in French language, than she finished law. She was working at the Hague Tribunal. Now she works in Sarajevo.

29,00 €