

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, Jochemu von Bernstorffu, Iris Canor, Pedru Cruz Villalónu, Philippu Dannu in Michelle Eversson. Objavljeno besedilo je bilo v nemškem izvorniku 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 stremlje 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 enovitosti 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 utemljuje javno oblast, legitimira akte Unije, ustanavlja državljanstvo, zagotavlja temeljne pravice, utemljuje 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

Ustavnoppravna 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 utemeljujejo 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.bverfg.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 celostno 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 argumetativno-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 svojo 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 am Main, 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 stanju 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 Izčrпно 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 Webra*, 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 Burgogues-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, razglašša 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-Quére), *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 Koskenniemi, *General Principles*, v Martti Koskenniemi (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 dolgih 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 »temeljni« 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 utemeljivitvene, 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 členu 6(1) tedanje PEU presega ustavnopravno razsežnost Maastrichtske pogodbe. Od tedaj naprej ima pozitivnopravno podlago ne le omejevalno, ampak tudi utemeljevalno evropsko ustavnštvo. 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 ustavnštva.

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 (*Ampliscentifica*), *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 pravu 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 temeljih 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 vzbujajo 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 obligations²²

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 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen 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.

democratic 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 *problematique* 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’emergence 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, *Halfax* [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 legitimation 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 Piris, *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.

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 Europeum 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 Burgorgue-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 HARATSCH, 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: *Lordinamento 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 PERNICE 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 SZCZKALLA, 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 (Kommision/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 Pequeños 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-Quééré), *ECR* 2004, I-3425.
 - C-540/03 (Parliament/Council), *ECR* 2006, I-5769.
 - C-354/04 (Gestoras Pro Amnistía 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.