



Rapport général

General report

Generalbericht

Генеральный доклад

Contributions des coopérateurs

Contributions of Participants

Beiträge der Mitwirkenden

Выступления участников

Français / French / Französisch / французский
Anglais / English / Englisch / английский
Allemand / German / Deutsch / немецкий
Russe / Russian / Russisch / русский



Première séance du XVI^e Congrès / First session of the XVIth Congress /
Erste Sitzung des XVI. Kongresses / Первое заседание XVI Конгресса

Rapport général « La coopération entre les cours constitutionnelles
en Europe – Situation actuelle et perspectives »

General report "The Co-operation of Constitutional Courts in Europe – Current
Situation and Perspectives"

Generalbericht „Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa – Aktuelle
Rahmenbedingungen und Perspektiven“

Генеральный доклад «Сотрудничество конституционных судов в Европе –
рамочные условия и перспективы в настоящее время»

**INTERVENTIONS DANS LA DISCUSSION / CONTRIBUTIONS TO THE DISCUSSION /
DISKUSSIONSBEITRÄGE / ВЫСТУПЛЕНИЯ УЧАСТНИКОВ ДИСКУССИИ**

Français / French / Französisch / французский
Anglais / English / Englisch / английский
Allemand / German / Deutsch / немецкий
Russe / Russian / Russisch / русский

**La coopération entre juridictions constitutionnelles en Europe –
Contexte actuel et perspectives**

**Christoph GRABENWARTER
Membre de la Cour constitutionnelle de la République d'Autriche**

Rapport général et définition des problèmes

Introduction

Ce rapport général s'appuie sur un questionnaire en trois parties auquel 41 juridictions constitutionnelles individuelles ont joint un rapport national. Plusieurs raisons expliquent pourquoi les réponses à certaines questions sont plus ou moins détaillées ; il faut en souligner trois en guise d'introduction.

D'une part, l'étendue des compétences s'avérant différente, il en est de même pour les formes et l'intensité de la coopération. D'autre part, le troisième groupe de questions ne faisant qu'effleurer la jurisprudence des juridictions constitutionnelles, il est normal que les réponses soient brèves. Enfin, il faut mentionner dans ce contexte que seuls 28 États membres du Conseil de l'Europe et parties à la CEDH ont également adhéré à l'Union européenne et que la question relative au rapport entre la jurisprudence de la CourEDH et celle de la CJUE formulée dans la troisième partie ne se pose directement qu'aux juridictions de ce groupe de pays.

La présente synthèse reprend les points centraux et les principaux enseignements de la version beaucoup plus étoffée du rapport général prévu pour publier les conclusions du Congrès et les rapports nationaux. Elle suit la structure de ces derniers.

1. Interactions entre droit constitutionnel et droit européen

a) Contexte juridique constitutionnel

Il ressort de l'ensemble des rapports nationaux que les juridictions constitutionnelles ne se limitent plus aujourd'hui à une interprétation isolée du droit constitutionnel national respectif. Pour diverses raisons, les répercussions du droit européen sur le droit constitutionnel ainsi d'ailleurs que les interactions entre droit européen et droit national se sont amplifiées ces dernières années. Certes, cela concerne surtout le domaine des droits fondamentaux mais englobe également d'autres questions constitutionnelles que

définissent ou configurent à l'échelon régional, notamment au sein du Conseil de l'Europe, des traités de droit international public.

Dans les États membres de l'Union européenne, les juridictions constitutionnelles sont surtout sous l'influence du droit de l'Union. La primauté et l'applicabilité directe de ce droit représentent les facteurs décisifs permettant de décrire l'obligation juridique de tenir compte du droit européen qui revient aux juridictions constitutionnelles de certains de ces États.

Dans le domaine de la protection des droits fondamentaux notamment, ces dernières se voient confrontées non seulement aux droits fondamentaux inscrits dans la Constitution mais aussi à des garanties issues de documents de provenance et qualité diverses, dont l'effet varie en fonction du système juridique. La CEDH en fait partie. Plusieurs juridictions la décrivent comme la source de droit international public la plus souvent citée dans leurs décisions, presque toutes les autres se référant régulièrement aux garanties qu'elle contient.

Dans certains pays, le droit international public ne figure tout simplement pas parmi les critères de contrôle. D'autres encore n'emploient certes ni le droit européen ni le droit international public comme critères de contrôle mais procèdent à une interprétation du droit national qui y est néanmoins conforme.

Un grand nombre de juridictions recourt à une interprétation ouverte à ces normes juridiques, ce qui signifie que le droit européen (droit régional public et/ou droit de l'Union) est utilisé comme aide ou argument venant étayer l'interprétation qui est donnée d'une règle nationale.

La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne déduit de « dispositions dites charnières » de la Constitution une obligation indirecte de prendre en considération le droit européen et le droit international public dans la mesure où il supplante, transforme ou influence les exigences du droit national. On fonde sur cette prémisse le principe d'ouverture de la Constitution à ces codes. Il en découle une obligation de tenir compte de sa propre initiative de ces deux droits ainsi que des décisions rendues par les juridictions supranationales et internationales compétentes pour leur interprétation. Ce qui permet d'éviter des conflits entre droit international et droit national.

D'autres juridictions indiquent que leur constitution respective contient une reconnaissance des règles du droit international public généralement acceptées et les déclare comme faisant partie intégrante de l'ordre juridique. Par ailleurs, les traités internationaux sont des éléments constitutifs du droit objectif dans de nombreux États. Considéré comme critère de contrôle de la constitutionnalité dans quelques pays, le droit international public y est déterminant pour ce contrôle au même titre que le droit constitutionnel. Dans un certain

nombre d'États membres de l'Union européenne vient s'y ajouter le droit de l'Union. Un groupe de pays a placé les traités internationaux entre la législation et la constitution. Dans d'autres encore, ces derniers jouissent d'une applicabilité directe. Certaines constitutions prévoient des règles particulières ou un statut spécial pour des instruments internationaux ou européens relatifs à la protection des droits de l'homme, différents types de traitement particulier existant ici.

Dans une poignée de pays, la juridiction constitutionnelle n'est pas explicitement compétente pour vérifier le droit européen et le droit international ou alors les normes les constituant ne font pas l'objet d'un examen lors d'une procédure constitutionnelle.

Dans les systèmes autorisant les particuliers à saisir directement la juridiction constitutionnelle, cette dernière peut se référer aussi à des dispositions figurant dans des traités internationaux. Quelques États partent du principe que tous les droits fondamentaux peuvent faire l'objet d'une saisine de la Cour constitutionnelle, même ceux qui proviennent de traités internationaux et ont été transposés dans l'ordre juridique national.

b) Droit international public et justice constitutionnelle

Diverses sources de droit international public sont fréquemment mentionnées dans les rapports nationaux. D'un point de vue formel, la CEDH se détache des autres dans la mesure où différents systèmes juridiques lui octroient dans la hiérarchie des normes un degré constitutionnel ou au moins quasi-constitutionnel ou du moins un rang plus élevé par rapport aux simples lois. Certaines juridictions constitutionnelles allèguent la Charte sociale européenne. D'après les indications figurant dans de nombreux rapports nationaux, le droit mou (*soft law*), sous la forme de recommandations ou résolutions émises par des organes du Conseil de l'Europe par exemple, fournit maintenant des motifs fondant des décisions constitutionnelles.

Les juridictions constitutionnelles citent souvent le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) comme source juridique issue du droit international, souvent à côté d'autres garanties des droits humains. Il faut encore mentionner les Conventions de l'OIT, la Convention de Genève relative au statut des réfugiés ainsi que la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. La CourEDH elle-même se réfère à ces sources dans sa jurisprudence lorsqu'elle interprète un droit figurant dans la Convention qui correspond ou du moins est similaire aux droits garantis dans ces traités.

c) Modes de prise en compte de la jurisprudence européenne par les juridictions constitutionnelles

Dans leur constitution ou dans une simple loi, quelques pays ont adopté une disposition expresse qui stipule un effet juridique contraignant de la jurisprudence émanant des

juridictions européennes. Cela n'est pas le cas pour la majorité bien que les juridictions nationales de certains de ces États partent d'une obligation (de nature constitutionnelle principalement) de tenir compte de cette jurisprudence. Dans les deux cas, les juges constitutionnels s'y réfèrent régulièrement. Son influence est considérable même sans obligation caractérisée. La plupart de ces juridictions recourent à une sorte d'interprétation de conformité, à savoir elles partent du principe selon lequel elles sont tenues, dans leur interprétation du droit constitutionnel national et le cas échéant du droit écrit plus large, interprétation ouverte au droit européen ou au droit international, de se référer aux arrêts des juridictions européennes.

Aux influences découlant d'une obligation juridique viennent s'ajouter celles de nature purement factuelle. D'une part, le fait que les parties à la procédure allèguent comme motifs les décisions rendues par les juridictions européennes favorise leur effet sur la jurisprudence. Il en est de même pour les juges constitutionnels qui ont auparavant travaillé comme magistrat ou comme collaborateur juridique au sein des juridictions européennes.

Un autre phénomène vient accentuer ces influences factuelles, sous la forme de réactions réciproques directes entre juridictions, telles des décisions d'une cour constitutionnelle rendues sciemment en réponse à des arrêts de la CJUE ou de la CourEDH, même si ceux-ci concernaient aussi d'autres États.

d) Droit de l'Union et Charte des droits fondamentaux

Les États membres de l'Union européenne présentent quelques particularités. Le droit de l'Union et de nouveau, la Charte des droits fondamentaux prennent de plus en plus de poids dans la pratique constitutionnelle de leurs juridictions, la nature et la forme des références au droit de l'Union pouvant toutefois fortement diverger.

Ces différences sont plus frappantes pour la Charte. Au vu de leur ordre constitutionnel, certaines juridictions ne cumulent pas l'applicabilité des droits fondamentaux nationaux et européens mais partent plutôt de l'hypothèse selon laquelle il faut appliquer soit le droit constitutionnel, soit la Charte des droits fondamentaux, une séparation stricte entre les cas d'application étant possible, alors que d'autres cumulent les contenus liés aux droits fondamentaux issus du droit constitutionnel, du droit international public et du droit de l'Union.

e) Influences réciproques dans la jurisprudence

Les décisions rendues par de nombreuses juridictions constitutionnelles nationales montrent clairement l'étendue des effets de la jurisprudence européenne sur le droit objectif des États membres. On peut toutefois percevoir aussi une influence dans l'autre sens qui s'inscrit dans les fondements juridiques de la jurisprudence européenne.

C'est dans les questions relatives aux garanties en matière de procès judiciaire et au droit à la vie privée et familiale que se concentre la plus grande partie des effets de la jurisprudence de la CourEDH. Beaucoup de juridictions font fréquemment référence aux arrêts de la CourEDH relatifs aux articles 5 et 6 de la CEDH garantissant le droit à la liberté et à un procès équitable. Elles sont nombreuses à mentionner notamment les critères appliqués par la CourEDH pour évaluer l'indépendance des magistrats et des tribunaux.

Les décisions rendues par les juridictions des États membres portent aussi souvent sur des questions individuelles concernant les droits garantis à l'article 8 de la CEDH.

Les juridictions constitutionnelles des États membres de l'Union européenne reprennent et citent souvent la jurisprudence de la CJUE. Les références les plus nombreuses concernent la reconnaissance des principes fondamentaux relatifs à l'ordre juridique de l'Union, notamment à l'applicabilité directe et à la primauté.

Elles sont néanmoins nombreuses à se référer bien plus fréquemment aux arrêts de la CourEDH qu'à ceux de la CJUE. Les Cours constitutionnelles d'Europe centrale et orientale notamment accordent une grande importance à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Un autre effet potentiel est que la jurisprudence des juridictions européennes est, une fois alléguée, citée dans un premier temps par la cour constitutionnelle et reprise ensuite par les juridictions civiles, pénales et administratives (les juridictions dites spécialisées) du même pays qui s'y réfèrent dans leurs décisions. C'est la jurisprudence constitutionnelle qui introduit les arrêts des cours européennes dans les décisions des autres juridictions, d'une part parce que ces dernières sont de diverses manières juridiquement obligées d'en tenir compte et d'autre part, parce qu'elles transcrivent dans leurs propres décisions les approches jurisprudentielles adoptées par la juridiction constitutionnelle, ce qui en élargit encore le rayon d'action.

Il ne faut pas négliger cette fonction de diffusion de la jurisprudence issue des juridictions européennes qu'assume la jurisprudence constitutionnelle dans le débat juridique comme auprès du public en général.

On pense souvent que toutes les juridictions des pays concernés se réfèrent à la jurisprudence européenne en raison d'une obligation constitutionnelle de suivre la réglementation européenne. Depuis quelques années, on constate aussi une tendance à l'adoption de dispositions légales stipulant la possibilité de réexaminer une affaire déjà close pour les cas où une décision de la Cour européenne des droits de l'homme est susceptible d'entraîner un changement concret de situation. De nombreux États considèrent comme un motif de révision les arrêts de la CourEDH constatant une violation de la CEDH. Bien souvent, ces règles n'obligent pas la cour constitutionnelle mais bien les juridictions civiles, pénales et

administratives à se pencher sur les décisions rendues par la Cour de Strasbourg. Dans les États membres de l'UE, le droit de l'Union contraint également ces dernières à se référer aux arrêts de la CJUE.

En retour, les juridictions constitutionnelles influencent aussi les cours européennes. Certaines d'entre elles se déclarent expressément en faveur d'une influence résultant d'un dialogue entre juridictions. La jurisprudence de la Cour EDH atteste une intensification continue des références aux décisions des juridictions nationales. Alors qu'auparavant la jurisprudence constitutionnelle ne servait souvent qu'à décrire le droit en vigueur, nombreux sont les arrêts de la Cour EDH qui l'allèguent aujourd'hui comme motif du raisonnement, souvent décisif. Certaines juridictions constitutionnelles signalent des rapprochements à la recherche d'une solution commune concernant une jurisprudence auparavant divergente, solution élaborée non pas par réception unilatérale mais bien par action réciproque.

Les principes généraux des traités suggèrent expressément de telles influences pour le droit de l'Union. Les articles 52 et 53 de la Charte des droits fondamentaux mentionnent les constitutions des États membres ou leurs traditions constitutionnelles communes tout comme l'article 6 par. 3 du TUE. La prise en compte des solutions nationales et le recours aux traditions constitutionnelles des États membres comme source d'informations permettant une évaluation comparative du droit et comme aide à l'interprétation du droit de l'Union applicable favorisent l'intégration dans les arrêts de la CJUE des approches et des arguments nationaux qui se reflètent ainsi dans la jurisprudence européenne. Les décisions des juridictions constitutionnelles y jouent un rôle essentiel comme pourvoyeuses d'informations relatives aux tendances et courants dans le monde constitutionnel, elles forment les traditions constitutionnelles.

Le mécanisme de la question préjudicielle est également propice à la jurisprudence de la CJUE. Les renvois devant cette dernière au titre de l'art. 267 TFUE confèrent aux juridictions constitutionnelles la possibilité de présenter à la Cour de Luxembourg les conclusions interprétatives auxquelles elles sont parvenues selon un ordre constitutionnel donné en tenant compte du droit européen. Accompagnées de la position et de solutions proposées par la juridiction requérante, ces questions à la Cour représentent un instrument de dialogue jurisprudentiel. C'est notamment face à de nouvelles problématiques telles que les effets de la concurrence et les conflits entre les différents degrés du droit fondamental que le mécanisme de la question préjudicielle contribue également à la coordination des approches nationales et européennes communes. Les renvois décidés par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne sur l'affaire des OMT avec la BCE et par la Cour Suprême irlandaise et la Cour constitutionnelle autrichienne sur la directive relative à la conservation des données en sont les exemples les plus récents.

f) Divergences dans la jurisprudence

En dépit de toutes les influences mutuelles, de toutes les prises en compte et adaptations réciproques, des divergences apparaissent régulièrement en matière de jurisprudence, souvent à court terme mais aussi parfois à moyen voire à plus long terme dans certaines affaires individuelles. Des divergences, qui sous un certain angle juridique ne sont pas seulement acceptées mais aussi voulues. Les juridictions constitutionnelles ont pour tâche de rechercher la solution adéquate à chaque situation litigieuse. Les processus de réception et d'adaptation entre les juridictions européennes et nationales peuvent jouer ici un rôle significatif. Ainsi, les décisions constitutionnelles alléguant des motifs divergents ou aboutissant à des résultats contraires ou encore des décisions convergentes dans leurs conclusions mais exprimant une certaine distance critique par rapport aux arrêts européens sont déterminantes pour évaluer les réceptions réciproques et les relations entre les juridictions constitutionnelles nationales et européennes.

Dans la plupart des cas, ces différences sont aplanies au bout d'un certain temps et provoquent généralement un élargissement du niveau de protection accentué par les principes de faveur figurant aux articles 53 CEDH et 53 de la Charte des droits fondamentaux.

Il s'agit parfois d'écarts de vue concernant des définitions générales ou la détermination de la portée de certains droits. Certains rapports nationaux considèrent comme une divergence le fait qu'il existe des situations initiales ou des répartitions des tâches différentes entre juridictions nationales et cours européennes. Ce qui explique qu'elles parviendraient alors plus souvent à des conclusions différentes dans leurs décisions. Les juridictions nationales défendraient en partie d'autres intérêts ou valeurs que les cours européennes dans leur examen des faits, ce qui pourrait générer des différences dans la jurisprudence. Ce ne seraient pas des contradictions dans la lecture du droit mais plutôt des approches différentes dans la recherche de solutions pour certaines configurations qui les provoqueraient. Le fait que les juridictions nationales sont tenues de respecter la constitution et de préserver les intérêts du pays conduirait à une autre évaluation de situations données. Une perspective nationale dont serait dépourvue la CourEDH, ce qui expliquerait les désaccords visibles dans certaines décisions.

En fait, les divergences apparaissent surtout là où le droit constitutionnel empêche de tenir compte de la jurisprudence européenne. Les juridictions constitutionnelles des États membres de l'Union européenne les constatent dans les arrêts relatifs aux principes généraux, notamment au principe de primauté du droit de l'Union sur la constitution. Pour la CJUE, la primauté s'exerce aussi face aux constitutions des États membres alors que les juridictions nationales de ces derniers la reconnaissent certes sur le droit ordinaire national mais la contestent sur la constitution. A la différence de la CJUE, les juridictions

constitutionnelles concernées refusent une primauté globale du droit de l'Union sur le droit constitutionnel national.

g) Limites de la réception

La réception de la jurisprudence européenne se heurte à ses propres limites dès qu'on lui oppose des motifs constitutionnels, par exemple là où s'épuisent les possibilités d'une interprétation ouverte au droit international, les méthodes reconnues de l'interprétation et de la lecture constitutionnelle l'interdisant.

On distingue aussi les limites de la prise en compte et de la réception jurisprudentielle là où pour certaines configurations, les juridictions nationales parviennent avec des motifs d'ordre éventuellement constitutionnel plus ou moins aux mêmes conclusions que les juridictions européennes qui se fondent plutôt sur le droit de l'Union ou le droit international.

Les limites de la réception ou mieux encore, de la volonté en matière de réception s'expriment dans le fait que les juridictions nationales renvoient à des principes fondamentaux constitutionnels incontournables, à la primauté de la constitution ou encore à leur propre habilitation à exercer une « compétence dite de réserve ».

Les exemples de compétences de réserve que se gardent certaines des juridictions nationales face au principe de compétence ultime revenant à la CJUE pour les questions d'interprétation et d'application du droit de l'Union représentent une caractéristique constitutive de la communauté européenne de juridictions constitutionnelles qui entretiennent une coopération. L'effet sur les relations entre juridictions nationales et cours européennes des réserves *ultra vires*, des réserves se fondant sur une identité nationale et un contrôle différencié du droit fondamental, a aussi déterminé ces dernières années le débat sur les limites de compétence.

2. Interactions entre juridictions constitutionnelles

Les interactions sont plus difficiles à détecter et aussi moins étendues dans les jurisprudences des juridictions nationales. Elles sont par ailleurs définies par toute une série de facteurs particuliers régionaux. Alors qu'on ne pouvait identifier d'influence digne de ce nom entre les jurisprudences des juridictions nationales jusqu'aux années 1980, elle prend de plus en plus d'ampleur depuis le début des années 1990. A défaut d'une analyse jurisprudentielle, on mentionnera ici des effets sur l'activité constituante, notamment en ce qui concerne le choix entre différents modèles de juridiction constitutionnelle. La décision en faveur d'un certain type de juridiction se répercute également sur les processus de réception entre les États.

La perspective historique montre certes encore des limites à l'influence directe entre jurisprudences nationales, mais une plus grande perméabilité se fait jour. La réduction des barrières linguistiques, l'échange institutionnalisé de décisions phares et des rencontres bilatérales régulières entre cours constitutionnelles ont permis ces dernières années d'accroître considérablement la perception réciproque dans l'élaboration de solutions diverses cherchant à résoudre des problèmes communs. En matière de droits fondamentaux garantis dans le cadre d'un procès pénal, les juridictions nationales procèdent fréquemment à des analyses comparatives pour fonder leurs décisions. La référence ponctuelle à des décisions rendues par d'autres cours constitutionnelles permet à chaque juridiction nationale de contribuer au développement d'une norme européenne commune dont elle se sert ensuite pour étayer l'autorité de ses propres arrêts. La comparaison avec les solutions adoptées par d'autres juridictions nationales de l'espace juridique européen pourrait faciliter l'acceptation des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles.

Beaucoup de juridictions confirment se référer à la jurisprudence constitutionnelle étrangère. Le rapport transmis par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne souligne que le fait de s'inspirer aussi de décisions internationales en ne se contentant pas de les citer directement, mais en intégrant dans son raisonnement des concepts internationaux et étrangers, est l'expression même de l'indépendance des juges.

Dans de nombreux cas, l'influence étrangère sur les décisions constitutionnelles se présente sous la forme de citations. Les juridictions ont encore plus fréquemment recours à la jurisprudence étrangère dans la préparation de leurs décisions. Bien qu'invisible dans le libellé même de l'arrêt rendu, la prise en compte de la jurisprudence issue d'autres juridictions constitutionnelles s'amplifie. On considère même comme superflu de la présenter dans le texte dans la mesure où elle a été utilisée lors des travaux préparatoires.

Le renvoi ou une simple allégation préalable à la prise de décision permet de décrire différentes voies de solution et facilite ainsi les conclusions.

Il est par ailleurs plus souvent fait référence à la jurisprudence constitutionnelle étrangère dans les opinions dissidentes aux décisions des cours constitutionnelles. On retrouve également dans les arrêts rendus par certaines cours, une analyse comparative juridique globale de la jurisprudence issue des juridictions européennes. Ces descriptions qui ne fournissent fréquemment qu'un aperçu général font que l'existence d'une « norme européenne » reprenant des décisions allant dans le même sens, apporte un appui supplémentaire à son propre raisonnement. La jurisprudence constitutionnelle étrangère n'est que rarement utilisée comme motif à part entière ou comme source de droit déterminante pour la décision, elle sert plutôt à corroborer des conclusions fondées sur d'autres arguments. La comparabilité des faits et des approches méthodologiques reste une condition préalable au recours à la jurisprudence étrangère.

Quelques rapports nationaux fournissent des indications sur les axes essentiels de la coopération et sur les conditions susceptibles de stimuler les échanges entre juridictions nationales. La proximité linguistique ne joue de rôle que dans certaines circonstances. Elle n'a d'emblée aucune importance quand aucun autre pays ne possède la même langue officielle. Mais même de façon générale, l'existence d'une langue commune reste secondaire pour de nombreuses juridictions. Beaucoup de rapports nationaux classent l'espace linguistique comme un critère de sélection parmi tant d'autres pour se référer à la jurisprudence d'une autre juridiction. Ici et là, cette notion d'espace linguistique commun est considérée comme un second critère de sélection après les traditions juridiques communes, ces deux éléments se recouvrant bien souvent.

La comparabilité des systèmes constitutionnels, les circonstances de l'affaire et les questions juridiques à résoudre sont considérées comme beaucoup plus essentielles que la proximité linguistique. La jurisprudence étrangère de référence est choisie en fonction de ces paramètres.

Un grand nombre des rapports nationaux désigne la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne comme juridiction constitutionnelle étrangère la plus souvent citée, ce indépendamment des facteurs régionaux ou linguistiques et avec un accent sur les questions de droit fondamental.

A l'exception de cette concentration sur les questions de droit fondamental, il n'est que partiellement possible de discerner des domaines de droit prédominants en matière de réception, pour lesquels les juridictions nationales ont principalement recours à la jurisprudence des autres cours constitutionnelles européennes. Les cours de pays non-européens ne sont citées que rarement, les références concernent alors principalement la Cour Suprême des États-Unis.

Viennent s'ajouter aux formes directes de coopération des interactions *indirectes* entre les juridictions: les cours constitutionnelles enrichissant aussi considérablement la jurisprudence européenne. En droit public et notamment pour les droits fondamentaux, certaines solutions dogmatiques nationales tiennent lieu de modèles à l'échelle européenne. Si ces solutions sont intégrées dans les décisions européennes et qu'une réception de cette jurisprudence s'opère dans d'autres pays, on assiste alors aussi à une interaction entre juridictions nationales, les cours européennes servant à la fois de lien et de catalyseur. Ainsi s'opère une médiatisation de la coopération entre juridictions nationales qui s'effectue alors par les « voies détournées » de la jurisprudence européenne.

Cette coopération ne se réduit pas à une réception réciproque des décisions. Il est tout aussi crucial de tenir compte de ses autres formes. Les conférences bilatérales et multilatérales favorisent les échanges d'informations et d'expériences tout comme la traduction et le

chargement dans des bases de données sur internet des décisions rendues par les juridictions nationales qui en assurent ainsi la facilité d'accès. La plupart du temps, on ne décèle aucune influence concrète dans une décision particulière mais les échanges se font régulièrement grâce aux contacts internationaux.

La grande majorité des rapports nationaux mentionne diverses formes de coopération. Viennent d'abord les conférences, les réunions spécialisées bilatérales et leur forme hybride, à savoir les petites conférences ou réunions avec deux juridictions étrangères ou plus. Suivent alors les accords d'échange, les visites et stages de collaborateurs spécialisés auprès de juridictions étrangères ou des cours européennes, l'échange informel d'informations et d'expériences (aussi dans le cadre de conférences spécialisées), la participation à la Commission de Venise, l'appartenance à des associations de juridictions constitutionnelles, les publications communes, les analyses de droit comparé et les expertises des secrétariats, les visites officielles ainsi que le téléchargement de décisions traduites pour un accès en ligne.

3. Interactions entre juridictions européennes

a) Situation initiale

Les interactions entre les jurisprudences respectives de la CourEDH et de la CJUE ne touchent les juridictions nationales que de façon marginale et indirecte. La question du respect des arrêts rendus par la CJUE ne se pose pas pour les États membres du Conseil de l'Europe et parties à la CEDH qui n'ont pas adhéré à l'Union européenne ou alors elle se pose sous un angle tout à fait différent, à savoir s'il est légitime de se référer au droit de l'Union pour interpréter la CEDH.

Comme elles participent toutes les deux à cette Conférence des Cours constitutionnelles, il semble approprié d'expliquer aussi les interactions entre les juridictions européennes et leurs effets sur les décisions des juridictions nationales.

b) Interactions actuelles et en développement entre CourEDH et CJUE

Face à l'évolution permanente des principes généraux contenus dans les traités, notamment en matière de droits fondamentaux et humains, la Charte des droits fondamentaux et sa consécration par le Traité de Lisbonne stimulent considérablement la réception réciproque entre CourEDH et CJUE. Aujourd'hui déjà, ces deux juridictions se citent régulièrement. La CourEDH se réfère à la Charte des droits fondamentaux dans son interprétation évolutive des droits garantis par la Convention alors que la CJUE se fonde à son tour sur la jurisprudence de cette dernière dans son examen du contenu des principes juridiques généraux ou plus récemment, dans son interprétation de droits fondamentaux figurant dans

la Charte. Les arrêts rendus dernièrement par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne suggèrent déjà une amplification continue des premiers signes de réception réciproque.

Inversement, on suppose une influence des juridictions nationales sur la CJUE, laquelle s'exerce de manière détournée par le biais des décisions de la CourEDH. Cette dernière s'appuie souvent dans ses interprétations sur ce qu'on appelle le « consensus interprétatif » où elle se sert de la jurisprudence des juridictions nationales, ses propres décisions reflétant alors cette jurisprudence. Lorsque la CJUE se réfère aux arrêts de la CourEDH, l'influence des juridictions nationales est significative. Il semble que le développement des conditions préalables figurant dans les traités pour la CEDH comme pour l'Union européenne viendra consolider ces approches.

c) Status quo: aucun effet sur les juridictions nationales

Dans leur quasi-totalité, les rapports nationaux constatent qu'il n'existe actuellement pas ou que très peu d'influences directes issues de l'interaction entre les deux cours européennes. Un groupe comprenant de nombreuses juridictions ne discerne pour l'instant aucun effet de la jurisprudence constitutionnelle sur leur interaction ou ne voit aucun potentiel d'influence. Beaucoup reconnaissent qu'à l'avenir, on peut envisager voire s'attendre à ce que des divergences jurisprudentielles entre les cours européennes aient des répercussions sur les juridictions nationales.

Pour certaines, l'influence de la jurisprudence de la CJUE sur les décisions constitutionnelles nationales existe, que cette jurisprudence soit citée ou non dans les arrêts de la CourEDH ; une réception de la jurisprudence de la CJUE dans les décisions de la CourEDH n'est pas nécessaire, les juridictions nationales l'intégrant automatiquement dans les leurs.

Les prochains amendements apportés aux principes généraux stipulés dans les traités auront des répercussions prévisibles sur les relations entre juridictions nationales et cours européennes. L'hypothèse est que les références de la CourEDH n'auront d'effet sur la CJUE et sur la jurisprudence de la juridiction constitutionnelle en général que si on retrouve une configuration similaire dans l'affaire dont la juridiction nationale est saisie.

d) Exemples de répercussions sur les juridictions constitutionnelles

Certaines juridictions se fondent sur l'arrêt *Bosphorus* de la CourEDH pour déterminer la portée du contrôle de constitutionnalité en matière de droit de l'Union. En s'appuyant sur la jurisprudence de la CourEDH, le Tribunal constitutionnel de la Pologne défend l'approche de la présomption réfragable en ce qui concerne l'équivalence des normes de droit fondamental entre Union européenne et Constitution polonaise et se réserve seulement une « décision *ultra vires* ». La Cour constitutionnelle de la République tchèque se réfère à l'arrêt

Bosphorus pour motiver et étayer son hypothèse actuellement admissible qui voit une équivalence de la protection des droits fondamentaux à l'échelon de l'UE avec la norme afférente entérinée dans le droit constitutionnel tchèque.

C'est surtout dans le domaine des garanties judiciaires qu'on retrouve des exemples montrant les effets d'une interprétation de la CEDH se fondant sur les arrêts de la CJUE ou les droits fondamentaux garantis dans la Charte, sur les questions dont sont saisies les juridictions constitutionnelles.

e) Adhésion de l'Union européenne à la CEDH et justice constitutionnelle

Dans de nombreux rapports nationaux, on considère que l'adhésion prévue de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme multipliera sensiblement les interactions à tous les niveaux de la jurisprudence. Certains expriment la conviction concrète que la jurisprudence des cours constitutionnelles influera sur la relation entre CJUE et CourEDH, une fois que l'Union européenne sera partie à la CEDH.

La question centrale qui se pose concerne les conséquences que pourrait avoir une configuration procédurale du mécanisme assurant la protection des droits après cette adhésion. En particulier, on peut se demander quelles retombées aura sur les juridictions nationales le fait que la Cour de Strasbourg pourra être amenée à statuer sur des décisions de la CJUE.

On se demande notamment quelles seront les effets internes du mécanisme de co-défendeur. Par ailleurs, des doutes persistent encore sur la manière de déclencher l'examen préalable au titre de l'art. 3 par. 6 du projet d'accord dans le respect du droit de l'Union.

f) Divergences et convergences

Vu le thème choisi pour ce Congrès, il faut se pencher sur les répercussions des arrêts divergents des cours européennes sur les décisions des juridictions nationales. Ces dernières sont nombreuses à n'en voir aucune, en arguant de la non-appartenance à l'Union européenne. D'autres supposent que ces effets resteront limités, voire inexistantes.

g) Question préjudicielle

Stipulant un principe impératif pour la juridiction nationale de procéder à une répartition des tâches avec la CJUE dans certaines circonstances, l'article 267 TFUE représente l'élément normatif le plus explicite sur la question de la collaboration. Concrètement, la procédure préjudicielle offre aussi aux juridictions nationales et à la CJUE une possibilité de coopération par le dialogue. Il n'empêche pas les cours constitutionnelles d'assumer en même temps leur fonction.

Cela ne modifie en rien le droit que confère l'art. 267 TFUE à toutes les autres juridictions d'un pays de saisir la Cour de justice de Luxembourg de questions préjudicielles relatives à l'interprétation des traités ou sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union, lorsqu'elles estiment nécessaire une décision afférente afin de pouvoir rendre leur jugement. Pas plus la répartition des compétences entre juridiction administrative et juridiction constitutionnelle dans l'examen de la conformité de décisions administratives ou judiciaires que la concentration du contrôle des normes juridiques dans les mains de la Cour constitutionnelle ne s'y opposent.

La coexistence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois et d'un mécanisme de renvoi devant la CJUE est possible. Comme l'a constaté cette dernière au sujet de l'examen constitutionnel d'une loi de transposition d'une directive européenne en République française, dans le cadre de la procédure dite question préliminaire de constitutionnalité, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité dans la mesure où les autres juridictions nationales restent libres de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié (et même à son issue), la CJUE de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits et de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union. Il est ici déterminant de ne pas priver la Cour de l'Union européenne de la possibilité de contrôler de son côté la conformité du droit dérivé avec le droit primaire et la Charte, placée au même rang que les traités.

De manière sporadique, les rapports nationaux indiquent que les juridictions considèrent qu'un dialogue entre CJUE et CourEDH offre l'opportunité de renforcer la sécurité juridique en permettant des solutions uniformes. Concrètement, il est estimé qu'on assiste en Europe à un rapprochement général en matière de protection des droits fondamentaux, que les nombreux contacts entre les diverses juridictions et cours permettent de s'influencer mutuellement ; ce qui conduit en fin de compte à une harmonisation de la jurisprudence sur les questions centrales du droit fondamental. On perçoit aussi une influence indirecte des juridictions constitutionnelles dans le fait que d'anciens juges nationaux, riches de leur expérience, siègent auprès des cours européennes, ce qui faciliterait l'intégration de concepts nationaux dans leur jurisprudence. Conséquence directe de la réception des arrêts de la CourEDH par les juridictions nationales : la CJUE pourrait être amenée à reprendre à son compte le raisonnement de la CourEDH.

The Co-operation of Constitutional Courts in Europe – Current Situation and Perspectives

Christoph GRABENWARTER

Member of the Constitutional Court of the Republic of Austria

General report and Outline of Main Issues

Introduction

The General Report is based on a three-part questionnaire, which 41 courts responded to in their national reports. For a variety of reasons, the responses to the individual questions differ in their degrees of detail; by way of introduction, three of these reasons are briefly referred to below.

First of all, differences in the scope of jurisdiction account for differences in the format and intensity of co-operation. Second, answers to the third group of questions are bound to be less extensive, as these questions are of marginal relevance to the jurisprudence of the constitutional courts. The third reason to be mentioned in this context is that only 28 Member States of the Council of Europe and Contracting Parties to the European Convention on Human Rights are also Member States of the European Union, which means that the question of the relationship between the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union raised under the heading of the third sub-theme only arises for courts of this group of states.

This brief outline, which follows the structure of the national reports, summarises the most important results presented in much greater detail in the extensive version of the General Report to be published in the Congress Proceedings together with the national reports.

1. Interactions between constitutional law and European law

a) Constitutional framework

All national reports converge in stating that today constitutional courts are no longer limited to the interpretation of national constitutional law in isolation. For a variety of reasons, the impact of European law on national constitutional law, as well as the interactions between European law and national law, has increased in recent years. This holds, above all, for the area of fundamental rights, but it also applies to other aspects of constitutional law determined or influenced by international conventions at regional level, particularly conventions concluded within the framework of the Council of Europe.

For the constitutional courts of the Member States of the European Union, Union law is the primary factor of influence. In a number of states, the primacy of Union law and its direct applicability constitute the decisive factors in the description of the legal obligation of constitutional courts to follow European law in their jurisprudence.

The protection of fundamental rights, above all, is an area in which constitutional courts are confronted not only with fundamental rights enshrined in the national constitution, but also with guarantees deriving from documents of different origin and quality, the impact of which depends on the legal system concerned. First and foremost among these documents is the European Convention on Human Rights. Several courts refer to the ECHR as the source of international law cited most frequently in their decisions. Almost all other courts regularly refer to the guarantees of the ECHR as well.

In a number of states, international law is not part of the standard applied by the constitutional court in the exercise of its judicial review function. For other courts, European law and international law do not form part of the standard applied by the constitutional court, but national law is interpreted in conformity with European law and international law. Numerous courts favour an interpretation that is open to international law and European law, i.e. they refer to European law (regional international law and/or Union law) to support their interpretation of national legal provisions.

The German Federal Constitutional Court refers to so-called “hinge provisions” (*Scharniernormen*) in the German Basic Law, deriving from them an indirect obligation to take European and international law into account to the extent that it supersedes, re-shapes or influences the provisions of national law. On that basis, the Federal Constitutional Court interprets the Basic Law as being open to European law and to international law. This, in turn, implies a self-imposed obligation of the court to give wide-ranging regard to Union law and international law and to the decisions handed down by the supranational and international courts called upon to interpret such law. Thus, conflicts between international law and national law are avoided.

Other courts refer to the fact that the national constitution contains a commitment to the generally recognized rules of international law, thus declaring them to be an integral part of the national legal system. Moreover, treaties under international law have been incorporated into the national legal system of many states. In some states, international law is part of the standard applied by the constitutional courts in their judicial review function, which puts it on the same level as constitutional law. For a number of constitutional courts in Member States of the European Union, this applies to both international law and Union law. There are numerous states in which international treaties rank between ordinary laws and constitutional law. In several states international treaties are directly applicable. Some constitutions treat international and European instruments for the protection of human

rights as special cases; the special position allowed to such instruments varies from country to country.

There are several states in which the judicial review of Union law or international law is explicitly excluded from the jurisdiction of the constitutional court and/or the standards of Union law and international law are not subject to review in proceedings before the constitutional court.

In legal systems that allow individuals to lodge a petition with a constitutional court, courts may refer to provisions in international treaties. There are individual states in which it is generally taken for granted that all fundamental rights can be invoked before the constitutional court, including those that have been implemented in the legal system on the basis of international treaties.

b) International law and constitutional jurisdiction

Certain sources of international law are frequently referred to in the national reports. In formal terms, the ECHR plays an outstanding role; in several jurisdictions it enjoys constitutional or at least quasi-constitutional rank, or it differs from ordinary laws on account of its elevated position. The European Social Charter is referred to by some constitutional courts. As stated in numerous national reports, soft law, such as recommendations or resolutions of Council of Europe bodies, is sometimes referred to in the reasoning of constitutional court decisions.

The International Covenant on Civil and Political Rights (CCPR) is frequently referred to by constitutional courts as a source of international law, mostly in combination with other human rights guarantees. Moreover, the ILO Conventions, the Geneva Convention on Refugees and the UN Convention on the Rights of the Child should be mentioned in this context. The ECtHR also refers to the above sources of law in its jurisprudence when pronouncing on the interpretation of a right guaranteed under the Convention that corresponds to or, at least, resembles the rights enshrined in these treaties.

c) Bases for consideration of European case law by constitutional courts

In some states, the legally binding effect of the case law of the European Courts derives from an explicit provision of constitutional law or ordinary law. However, in the majority of states, there is no explicit constitutional provision obliging national courts to take the case law of the European Courts into account; nevertheless, in some of these states the constitutional courts consider themselves under an obligation (of a constitutional nature in most instances) to take European case law into account. In both cases, the constitutional courts regularly refer to European case law. The influence of the latter is substantial, even though such obligation has never been stated explicitly. The majority of these courts opt for what can be

qualified as “conformity interpretation”, i.e. it is their understanding that when interpreting national constitutional law and, possibly, ordinary law in a spirit that is open to European law and/or open to international law, they have to take the jurisprudence of the European court into account.

Besides the influence based on a legal obligation, other influences of a merely factual nature can be observed. To start with, the influence of European case law on constitutional court decisions is favoured by the fact that parties to the proceedings cite the case law of the European Courts in their reasoning. Moreover, this influence is strengthened by constitutional court judges who previously served as judges or legal staff members at one of the two European Courts.

Examples of factual influences can be found in direct mutual reactions of courts to one another, such as responses to judgments of the CJEU or the ECtHR in decisions taken by a constitutional court, even though such judgments may have concerned other states.

d) Union law and the EU Charter of Fundamental Rights

The Member States of the European Union share a number of specific features. Union law in general and the Fundamental Rights Charter, in particular, are gaining in importance for constitutional court practice in these states, even though the way in which Union law is taken into account varies greatly.

These differences can be seen most clearly in the context of the Fundamental Rights Charter. Taking their national constitutional order as a basis, some constitutional courts do not cumulatively apply fundamental rights enshrined in national and European law, but hold that either constitutional law or the Fundamental Rights Charter is to be applied, based on the understanding that cases that can be strictly separated; others, however, take a cumulative approach in applying provisions of constitutional law, international law and Union law in fundamental rights cases.

e) Mutual influences observed in jurisprudence

In many states, the jurisprudence of the constitutional courts illustrates the extent to which European case law impacts on the legal systems of the Member States. However, influence is also exercised in the opposite direction and provided for in the legal instruments constituting the basis of European jurisprudence.

The influence of the case law of the ECtHR is strongest in areas relating to procedural guarantees and the right to privacy and family life. Numerous courts frequently refer to the case law of the ECtHR on Articles 5 and 6 of the ECHR, which guarantee the right to liberty

and security and the right to a fair trial. In particular, many courts mention their reference to the criteria applied by the ECtHR in its assessment of the independence of judges and courts.

Individual questions relating to the guarantees under Article 8 ECHR are also frequent subjects of decisions rendered by constitutional courts in the Member States.

Constitutional courts of EU Member States frequently refer to and cite the case law of the CJEU in their decisions, especially in connection with the recognition of the fundamental principles of Union law, such as its direct applicability and the primacy of application.

However, many courts refer much more often to the case law of the ECtHR than to that of the CJEU. This holds, in particular, for constitutional courts in Central and Eastern Europe, which tend to attribute special importance to the case law of the ECtHR.

Another possible impact may be due to the fact that the case law of the European Courts is first cited by the constitutional courts and subsequently referred to by civil-law and criminal-law courts and administrative tribunals (in the following: ordinary courts of law) of the same state in their jurisprudence. Constitutional jurisprudence serves as a means of transmitting the decisions handed down by the European Courts to the courts of law in the country. Ordinary courts of law are under a legal obligation to follow the jurisprudence of the constitutional court and, more importantly because of the wider repercussions, tend to adopt the lines of jurisprudence of the constitutional court in their own jurisprudence.

In this context, constitutional court jurisprudence has the effect of spreading awareness of the case law of the European Courts among legal experts and in the public at large, a function not to be underestimated.

It is frequently assumed that all courts of the states concerned are under a constitutional obligation to consider the provisions of European law and therefore follow European case law in their own decisions. Moreover, in recent years a trend has been observed toward the creation of legal rules providing for a case that has already been closed to be re-opened, if a decision by the European Court of Human Rights has the potential to change the outcome of that case. In many countries, judgments by the ECtHR establishing a violation of the ECHR constitute sufficient grounds for reopening a case. Such provisions oblige the national civil and criminal courts and administrative tribunals, rather than the constitutional court, to include the decisions handed down by the Strasbourg court in their own considerations. In respect of EU law, these courts are obliged to take the jurisprudence of the CJEU into account.

At the same time, there are examples of decisions of European Courts being influenced by national constitutional courts. Some courts explicitly underline such influence within the

framework of a dialogue among courts. Above all, an increasing number of references to the jurisprudence of constitutional courts can be found in the jurisprudence of the ECtHR. Whereas references to constitutional court decisions in the past merely served to describe the relevant legal situation, a number of recent decisions by the ECtHR show that such references are now used as a supportive – and sometimes decisive – argument. Some constitutional courts report that originally diverging decisions finally converged in a common solution, which was reached not through unilateral acceptance but through mutual influence.

As regards EU law, the relevant treaties imply the possibility of such influence. Article 52 (4) and Article 53 of the Fundamental Rights Charter as well as Article 6 (3) of the Treaty on European Union refer to the constitutions of the Member States and/or shared constitutional traditions. Through references to national solutions and the constitutional traditions common to the Member States as a source to be drawn on in comparisons of law and in the interpretation of Union law, national arguments and approaches inform the case law of the CJEU and, thus, influence European case law. In this process, decisions rendered by the constitutional courts play an important role, as they facilitate the understanding of trends and developments in constitutional law and shape constitutional traditions.

At the same time, the preliminary ruling procedure strengthens the influence of the case law of the CJEU. By requesting a preliminary ruling from the CJEU pursuant to Article 267 TFEU, constitutional courts have the possibility of submitting the results of their interpretation, based on a constitutional order that gives due consideration to European law, to the CJEU. Questions put to the CJEU, outlining the court's own positions and proposed solutions, are a way of engaging in a dialogue with CJEU case law. This applies, in particular, to novel issues, such as competition and conflicts between the individual fundamental rights strata, where the preliminary ruling procedure helps to coordinate national and European approaches. Recent examples include the request for a preliminary ruling submitted by the German Federal Constitutional Court in the ECB case and the preliminary rulings requested by the Irish Supreme Court and the Austrian Constitutional Court on the Data Retention Directive.

f) Divergences in jurisprudence

Despite mutual influences and adaptations, divergences in jurisprudence of a short-term, medium-term or – in individual cases – even long-term nature are bound to occur, which, under certain circumstances, is considered to be not only acceptable, but desirable. It is incumbent on the constitutional courts to arrive at adequate solutions in cases of conflict. A process of mutual acknowledgement and adaptation between national and European Courts may provide valuable input in this context. For an evaluation of mutual reception and mutual relationships between constitutional courts and European Courts, it is necessary to examine constitutional court decisions, especially those that diverge from European

jurisprudence in their reasoning or in the results achieved, as well as those that converge with European jurisprudence, but nevertheless reflect a critical distance.

In the majority of cases, divergences are resolved after some time and tend to result in a higher level of protection, promoted by the favourability principle of Article 53 of the ECHR and Article 53 of the Fundamental Rights Charter.

Divergences occasionally occur with regard to general definitions or the scope of individual guarantees. Some national reports identify divergences that are due to different starting points and differences in the division of tasks between constitutional courts and European Courts. These are understood to account for different results reached by constitutional courts and European Courts in their weighing up of interests and circumstances. As pointed out in these reports, constitutional courts have different interests and values to consider than European Courts, which may result in divergences in jurisprudence. Such divergences are not due to different interpretations of the law, but to differences in approach in certain constellations. They are attributed to the fact that constitutional courts have to respect the national constitution and protect national interests, which may lead to differences in assessment in certain constellations. The absence of a national perspective of the ECtHR may result in visible divergences.

Therefore, divergences primarily occur in cases in which European case law cannot be taken into consideration for reasons of constitutional law. The constitutional courts of EU Member States report individual instances of divergence in jurisprudence, especially with regard to the primacy of Union law over the national constitution. The CJEU holds that Union law supersedes the constitutions of the Member States, while the constitutional courts accept the primacy of Union law over ordinary, national law, but not over the constitution. Unlike the CJEU, these constitutional courts do not accept the comprehensive primacy of Union law over national constitutional law.

g) Limits to reception

Limits to the reception of European jurisprudence are reached when decisions by European Courts cannot be followed for reasons of constitutional law and when, for instance, interpretation in accordance with international law is no longer justifiable on the basis of the recognized methods of interpretation of the constitution.

Such limits also become visible when in certain constellations constitutional courts, possibly on the basis of considerations of constitutional law, arrive at the same or similar results as European courts applying Union law or international law.

When constitutional courts meet the limits of their readiness to follow European jurisprudence, they tend to refer to insurmountable fundamental principles of the constitution, to the supremacy of the constitution or to their own authority to exercise so-called “reserved powers”.

Examples of reserved powers, which some constitutional courts reserve for themselves, while acknowledging the ultimate authority of the CJEU to rule on questions of interpretation and application of Union law, are a constituent feature of the European network of cooperating constitutional courts. In recent years, the influence of ultra-vires reservations, reservations based on national identity and a differentiated judicial review of the respect of fundamental rights on the relationship between European Courts and constitutional courts has been an issue in the debate on competence limits.

2. Interactions between constitutional courts

Interactions in the jurisprudence of individual constitutional courts are more difficult to identify and less extensive. Moreover, a number of special, regional factors come into play. Whereas constitutional court decisions did not have a significant mutual influence until the 1980s, their mutual impact has become noticeably stronger since the early 1990s. Before entering into an analysis of case law, influences at the level of constitution building should be mentioned here, especially in the implementation of different models of constitutional jurisdiction. The decision to adopt a certain model of constitutional jurisdiction favours the process of reception at the inter-governmental level.

The direct mutual impact of constitutional court decisions was limited in the past, but a trend towards greater permeability has appeared. In recent years, the elimination of language barriers, the institutionalized exchange of landmark decisions and regular bilateral meetings between constitutional courts have considerably heightened mutual awareness of the emergence of different solutions to common problems. In matters relating to guarantees of fundamental rights within the framework of criminal proceedings, constitutional courts in their decisions frequently engage in comparisons of different legal systems. References to decisions rendered by other national constitutional courts in individual cases enable the courts to develop a common European standard and to apply it to back up their own decisions. A comparison with the solutions found by other national constitutional courts in the European legal area could result in increased acceptance of constitutional court decisions.

Numerous courts confirm their reference to decisions rendered by foreign constitutional courts. According to the report of the German Federal Constitutional Court, references to international judgments, not only through direct citation but also through the incorporation

of international concepts into the court's own reasoning, are an expression of judicial independence.

In many cases, the influence of the jurisprudence of foreign constitutional courts can be derived from the number of citations of foreign judgments. However, foreign constitutional case law is referred to even more often in the preparation of court decisions. Thus, the frequency of mutual references is on the increase, even though this is not visible in the wording of the decisions. Referring to foreign decisions may even be regarded as superfluous, if they date from the period immediately prior to the court's own decision.

A reference to or the mere consultation of foreign jurisprudence in the court's own decision-making process serves to illustrate different problem-solving strategies and, thus, facilitates decision-making.

Moreover, dissenting opinions on constitutional court decisions frequently contain a reference to foreign constitutional jurisprudence. Some constitutional courts consider decisions rendered by other constitutional courts in Europe from a comparative point of view. Based on such descriptions, usually not more than a rough outline of the overall situation, they derive a "European standard" of converging jurisprudence in support of their own arguments. Foreign constitutional case law is not used as an argument in its own right or as a relevant source for the court's decision, but to reaffirm results achieved on the basis of a different set of arguments. As a prerequisite for any reference to foreign case law, the substance and the methodological approach must be comparable.

Individual national reports refer to the main areas of co-operation and to conditions facilitating exchanges between constitutional courts. A common language is not necessarily an essential prerequisite. As a matter of fact, language does not matter at all if there is no other country with the same official language. Many constitutional courts do not regard a common language as an essential criterion. Numerous national reports refer to the linguistic area as one of several criteria in their choice of foreign jurisprudence to be taken into account. In some instances, a common language is referred to as a criterion secondary in importance to shared legal traditions – two criteria which frequently overlap.

The comparability of constitutional systems, the circumstances of the case and the issues of law raised are much more important than linguistic proximity. These are the parameters on the basis of which courts decide which foreign jurisprudence to refer to.

Many national reports mention the German Federal Constitutional Court as the most frequently cited foreign constitutional court, regardless of regional or linguistic factors, especially in cases relating to fundamental rights.

Apart from this concentration on fundamental rights issues, it is hardly possible to identify specific areas of law in which constitutional courts tend to refer to the jurisprudence of other European constitutional courts. Constitutional courts from other continents are only cited in exceptional cases; if at all, references are made to decisions by the US Supreme Court.

Beyond direct forms of co-operation between constitutional courts, indirect mutual influences can be observed. To a considerable extent, the decisions of constitutional courts also inform court judgments at European level. National solutions in the field of public law doctrine, particularly as regards fundamental rights, may have a model character for European solutions. Whenever national solutions are acknowledged in European case law, which then in turn has an impact on decisions taken by national courts in other states, this can be taken as an interaction between constitutional courts, with European Courts acting as intermediaries and catalysts. Thus, co-operation between constitutional courts is mediated by the case law of the European Courts.

Co-operation between constitutional courts is not limited to the mutual reception of the decisions rendered. Other forms of co-operation need to be taken into consideration as well. Multilateral and bilateral conferences promote an exchange of information and experience, as does the translation and communication of national court decisions via Internet databases, which simplifies access to other national constitutional courts. Specific mutual influences can hardly ever be detected in a particular decision, but international contacts promote a continuous mutual exchange.

Most of the national reports mention different forms of co-operation between constitutional courts. International conferences, bilateral talks as well as conferences on a smaller scale and meetings of two or more foreign courts are mentioned most frequently. Other forms of co-operation include bilateral exchanges, traineeships and visits by scientific staff to foreign constitutional courts or to one of the two European Courts, informal exchanges of information and experience (including at scientific conferences), membership in the Venice Commission, membership in associations of constitutional courts, joint publications, comparative analyses and expert opinions, visits on official occasions, and translations of decisions available for online access.

3. Interactions between European Courts

a) Current situation

Interactions between the jurisprudence of the ECtHR and that of the CJEU only have a marginal and indirect impact on constitutional courts. For those Member States of the

Council of Europe and the ECHR that are not members of the European Union, the issue of supremacy of CJEU jurisprudence does not arise or, if so, presents itself from an entirely different perspective. For these states, the relevant question concerns the legitimacy of referring to Union law in the interpretation of the ECHR.

However, in view of the fact that the two European Courts are represented at this conference of constitutional courts, it seems appropriate to discuss the interactions between the two courts and their impact on the jurisprudence of the constitutional courts.

b) Current and increasing interactions between the ECtHR and the CJEU

Against the background of the evolution of the legal basis constituted by the treaties, especially in the field of fundamental and human rights, the Fundamental Rights Charter and its legal association with the Lisbon Treaty generates strong momentum for interactions between the ECtHR and the CJEU. The CJEU and the ECtHR cite each other on a regular basis. The ECtHR refers to the Fundamental Rights Charter in its evolutionary interpretation of the rights secured by the Human Rights Convention, while the CJEU invokes the case law of the ECtHR for determining the substance of general principles of law as well as, in the recent past, for its interpretation of fundamental rights secured by the Charter. The recent jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union shows that early signs of mutual reception are continuously gaining in strength.

At the same time, it has been observed that constitutional courts have an impact on the CJEU via the decisions handed down by the ECtHR. The ECtHR frequently uses the instrument of "*consensus interprétative*" in its interpretation of the Convention and refers to the jurisprudence of the national constitutional courts. Thus, ECtHR jurisprudence is being influenced by the jurisprudence of the constitutional courts. When the CJEU, in turn, refers to ECtHR case law, there is a significant element of influence from national constitutional courts on the jurisprudence of the CJEU. The further development of the treaties as the legal basis for both the ECHR and the European Union is expected to reinforce this trend.

c) Status quo: no impact on constitutional courts

Almost all national reports converge in stating that a direct impact of the interaction between the European Courts is practically non-existent. The majority of courts have not identified any impact of constitutional court jurisprudence on the interactions between the European Courts to date, nor do they see any possibility of such influence. Numerous courts state that divergences in jurisprudence between the European Courts may in future have an influence on constitutional courts.

Some constitutional courts hold the opinion that CJEU jurisprudence influences the jurisprudence of national constitutional courts, regardless of whether CJEU decisions are cited by the ECtHR or not; they do not consider acknowledgement of CJEU judgments by the ECtHR as a necessary prerequisite, as the constitutional court independently considers the jurisprudence of the CJEU in its own decisions.

Forthcoming changes in the treaties are expected to have an impact on the relationship between constitutional courts and the European Courts. It is generally held that references by the ECtHR to the CJEU do not have an impact on the jurisprudence of the constitutional court, unless the constellation of the case is comparable to that before the national constitutional court.

d) Examples of effects on the constitutional courts

Several courts refer to the *Bosphorus* decision of the ECtHR to determine the scope of review of Union law by the constitutional court. Citing the decision of the ECtHR, the Polish constitutional court refutably assumes the equivalence of the fundamental rights standards of the European Union and the Polish constitution, while reserving the right to an “*ultra vires*” decision. The constitutional court of the Czech Republic refers to the *Bosphorus* decisions to describe and reaffirm the currently admissible assumption of equivalence of protection of fundamental rights at EU level and the fundamental rights standard of the Czech Constitutional Court.

Examples of references to CJEU case law or rights enshrined in the Fundamental Rights Charter in the interpretation of the ECHR influencing proceedings before constitutional courts can be found, above all, in the area of judicial guarantees.

e) EU accession to the ECHR and constitutional jurisdiction

Several national reports mention the envisaged accession of the European Union to the European Convention on Human Rights as an essential development contributing towards strengthening interactions at all levels of jurisprudence. Some national reports take it for granted that constitutional jurisprudence will influence the relationship between the CJEU and the ECtHR after the accession of the European Union to the ECHR.

A crucial question concerns the impact of the procedural design of the judicial review mechanism at European level after the EU’s accession to the ECHR. In particular, it will be interesting to observe the consequences for constitutional courts when CJEU decisions are subject to review by the Strasbourg court.

Questions arise with regard to the national effect of the “co-respondent mechanism”. Moreover, it is still unclear how prior assessment by the Court of Justice of the European

Union pursuant to Article 3 (6) of the draft accession treaty can be made in conformity with Union law.

f) Divergences and convergences

Another point to be examined within the framework of the Congress theme concerns the effects of divergences between decisions rendered by the European Courts on the jurisprudence of the constitutional courts. Numerous courts do not see any influence of divergences between the jurisprudence of the CJEU and that of the ECtHR, given the fact that the EU has not yet acceded to the ECHR. Others assume that impacts on constitutional courts, if any, will be extremely limited.

g) Preliminary ruling procedure

The strongest normative element conducive to co-operation is Article 267 TFEU, which – under certain prerequisites – demands that national courts accept a division of labour with the CJEU. The preliminary ruling procedure offers a possibility for constitutional courts to cooperate with the CJEU in a spirit of dialogue. Requesting a preliminary ruling from the CJEU is in no way contradictory to the role of constitutional courts.

Regardless of the above, all other courts of a state have the right to put questions concerning the interpretation of the treaties and the validity and interpretation of actions by the bodies, institutions or other units of the Union to the Court of Justice of the European Union and request a preliminary ruling pursuant to Article 267 TFEU, if the court considers such ruling necessary for its own judgment. This is not in conflict with the division of competences between administrative jurisdiction and constitutional jurisdiction in the review of the legality of administrative and court decisions, nor with the concentration of the power to review legal standards in the hands of the constitutional court.

The review of legal standards by the constitutional court and requests for preliminary rulings of the CJEU can co-exist. As the CJEU stated in connection with the constitutional review of a law transposing a Directive in the French Republic within the framework of a “*question préliminaire de constitutionnalité*”, Article 267 TFEU does not exclude an interlocutory procedure to review the constitutionality of laws, provided the other courts in the proceedings are free to request a preliminary ruling on any question deemed to be necessary at any point in time (even after conclusion of the interlocutory procedure), to take any measure necessary for the provisional guarantee of rights, and to refrain from applying a measure considered to be in violation of Union law after conclusion of the interlocutory procedure. The Court of Justice of the European Union must not be deprived of the possibility of reviewing secondary law against the standard of primary law and the Fundamental Rights Charter, which is equivalent in rank to the treaties.

As pointed out in some of the national reports, individual courts regard the dialogue between the CJEU and the ECtHR as a possibility of obtaining greater legal certainty through harmonized solutions. In their opinion, frequent contacts between courts result in mutual influences, which in turn will bring about a convergence in the protection of fundamental rights in Europe; ultimately, they expect a harmonization of jurisprudence in core issues of fundamental rights. The fact that former national judges hold positions at the European Courts can be taken as an indirect influence of national constitutional courts at the European level, which results in national positions being reflected in the jurisprudence of the European Courts. Hence, as a direct consequence of constitutional courts following the jurisprudence of the ECtHR, the CJEU might be inclined to follow the line of argumentation of the ECtHR.

Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa – Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven

Christoph GRABENWARTER
Mitglied des Verfassungsgerichtshofes der Republik Österreich

Generalbericht und Problemaufriss

Einleitung

Dem Generalbericht liegt ein in drei Abschnitte gegliederter Fragebogen zugrunde, zu dem insgesamt 41 Gerichte Landesberichte erstattet haben. Die Antworten auf die einzelnen Fragen sind aus diversen Gründen unterschiedlich ausführlich, drei dieser Gründe sind einleitend hervorzuheben.

Zum ersten sind die Zuständigkeiten unterschiedlich weit reichend, damit zusammenhängend sind Formen und Intensitätsgrad der Kooperation verschieden. Zum zweiten ist der dritte Fragenkomplex einer, der die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte nur am Rande berührt, dementsprechend knapp mussten hier die Antworten ausfallen. Im Zusammenhang damit ist drittens zu erwähnen, dass nur 28 Mitgliedstaaten des Europarates und der EMRK auch Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind und sich nur für die Gerichte aus diesem Kreis von Staaten die im dritten Themenbereich formulierte Frage des Verhältnisses der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH unmittelbar stellt.

Die nachfolgende Kurzfassung fasst die wesentlich umfangreichere Version des Generalberichts, der für die Veröffentlichung der Ergebnisse des Kongresses gemeinsam mit den Landesberichten vorgesehen ist, auf die Schwerpunkte und wichtigsten Ergebnisse zusammen. Dabei folgt er der Struktur der Landesberichte.

1. Wechselwirkungen zwischen Verfassungsrecht und Europäischem Recht

a) Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Alle Landesberichte zeigen, dass die Verfassungsgerichte heute nicht auf die isolierte Auslegung des jeweiligen nationalen Verfassungsrechts beschränkt sind. Europarechtliche Einflüsse auf das Verfassungsrecht, aber auch die Wechselwirkungen zwischen europäischem Recht und nationalem Recht haben in den letzten Jahren aus unterschiedlichen Gründen zugenommen. Das gilt vor allem für den Bereich der Grundrechte, aber auch für andere Verfassungsinhalte, die von völkerrechtlichen Verträgen auf regionaler Ebene, insbesondere im Rahmen des Europarates, bestimmt oder beeinflusst werden.

Für die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten der Europäischen Union steht das Unionsrecht als Einflussfaktor im Vordergrund. In einigen Staaten sind Anwendungsvorrang und unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts die entscheidenden Faktoren zur Beschreibung der rechtlichen Verpflichtung der Verfassungsgerichte zur Berücksichtigung europäischen Rechts.

Vor allem im Bereich des Grundrechtsschutzes sind die Verfassungsgerichte nicht nur mit den Grundrechten der Verfassung, sondern auch mit Garantien aus Dokumenten unterschiedlicher Provenienz und Qualität konfrontiert, die je nach Rechtsordnung verschiedene Wirkung entfalten. Zu diesen gehört in erster Linie die EMRK. Eine Reihe von Gerichten beschreibt die EMRK als die meistzitierte völkerrechtliche Rechtsquelle in ihren Entscheidungen. Auch nahezu alle übrigen Gerichte nehmen regelmäßig Bezug auf die Garantien der EMRK.

Das Völkerrecht gehört in einer Reihe von Staaten schlechthin nicht zum Prüfungsmaßstab des Verfassungsgerichts. Für andere Gerichte gehören Europarecht und Völkerrecht zwar nicht zum Prüfungsmaßstab des Verfassungsgerichts, aber es wird dennoch eine europarechtskonforme und völkerrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts vorgenommen.

Eine große Zahl von Gerichten bedient sich einer völkerrechts- bzw. unionsrechtsfreundlichen Auslegung, d.h. europäisches Recht (regionales Völkerrecht und/oder Unionsrecht) wird als Auslegungshilfe bzw. unterstützendes Argument bei der Interpretation nationaler Regelungen herangezogen.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht leitet aus „Scharniernormen“ der Verfassung eine mittelbare Verpflichtung ab, europäisches Recht und Völkerrecht zu berücksichtigen, soweit dieses die Vorgaben des nationalen Rechts verdrängt, überformt oder beeinflusst. Darauf aufbauend wird von einem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit sowie der Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassung ausgegangen. Darauf gründet sich die Selbstverpflichtung zur weitgehenden Rücksichtnahme auf Unionsrecht und Völkerrecht sowie der Entscheidungen der zur Auslegung berufenen supranationalen und internationalen Gerichte. Auf diese Weise werden Konflikte zwischen Völkerrecht und nationalem Recht hintangehalten.

Andere Gerichte verweisen darauf, dass die jeweilige Verfassung ein Bekenntnis zu den allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts enthält und diese zu Bestandteilen der Rechtsordnung erklärt. Völkerrechtliche Verträge sind darüber hinaus Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung zahlreicher Staaten. In einigen Staaten ist Völkerrecht Teil des verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstabs und damit in der Kontrolle gleich dem Verfassungsrecht maßgeblich. Bei einer Reihe von Verfassungsgerichten von Mitgliedstaaten der Europäischen Union gilt dies für Völkerrecht und für Unionsrecht. In einer Vielzahl von

Staaten haben völkerrechtliche Verträge einen Rang zwischen Gesetzen und der Verfassung. In einigen Staaten genießen völkerrechtliche Verträge unmittelbare Anwendbarkeit. Einige Verfassungen sehen eigene Sonderregelungen bzw. einen Sonderfall für internationale oder europäische Instrumente des Menschenrechtsschutzes vor, wobei hier unterschiedliche Arten der Sonderstellung existieren.

In einigen Staaten ist das Verfassungsgericht für die Prüfung von Unionsrecht oder Völkerrecht explizit nicht zuständig bzw. die Normen des Unionsrechts und des Völkerrechts sind nicht Prüfungsgegenstand im verfassungsgerichtlichen Verfahren.

In jenen Systemen, in denen Einzelpersonen das Verfassungsgericht anrufen können, können sich die Gerichte mitunter auch auf Regelungen aus internationalen Verträgen berufen. In einzelnen Staaten wird davon ausgegangen, dass alle Grundrechte vor dem Verfassungsgerichtshof geltend gemacht werden können, auch solche, die ausgehend von völkerrechtlichen Verträgen in die Rechtsordnung implementiert wurden.

b) Völkerrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit

Einige Völkerrechtsquellen werden in den Landesberichten häufig genannt. Die EMRK spielt auch in formaler Hinsicht eine herausgehobene Rolle insoweit, als sie in verschiedenen Rechtsordnungen verfassungsrechtlichen oder wenigstens quasi-verfassungsrechtlichen Rang oder sonst eine gegenüber einfachen Gesetzen hervorgehobene Stellung innehat. Die Europäische Sozialcharta wird von einigen Verfassungsgerichten herangezogen. Auch *soft law*, etwa in Gestalt von Empfehlungen oder Resolutionen von Organen des Europarates, dient nach Angaben zahlreicher Landesberichte mitunter als Begründungselement für verfassungsgerichtliche Entscheidungen.

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (CCPR) wird oft von Verfassungsgerichten als Rechtsquelle völkerrechtlichen Ursprungs herangezogen, meist gemeinsam mit anderen Menschenrechtsgarantien. Hervorzuheben sind ferner die ILO-Konventionen, die Genfer Flüchtlingskonvention sowie die UN-Kinderrechtskonvention. Auch der EGMR nimmt in seiner Rechtsprechung auf alle diese Rechtsquellen Bezug, wenn er eine Konventionsgarantie auszulegen hat, die den Rechten in diesen Verträgen entspricht oder wenigstens ähnlich ist.

c) Der Modus der Berücksichtigung europäischer Rechtsprechung durch Verfassungsgerichte

In einigen Staaten besteht eine ausdrückliche verfassungsrechtliche bzw. einfachgesetzliche Bestimmung, aus der sich eine rechtliche Bindungswirkung der Rechtsprechung der europäischen Gerichte ergibt. In den meisten Staaten gibt es aber keine ausdrückliche Bestimmung in der Verfassung, die zu einer Berücksichtigung der Rechtsprechung der europäischen Gerichte rechtlich verpflichtet, dennoch gehen die Verfassungsgerichte auch

hier in einigen Staaten von einer (überwiegend verfassungsrechtlichen) Verpflichtung zur Berücksichtigung der europäischen Rechtsprechung aus. In beiden Fällen nehmen die Verfassungsgerichte regelmäßig auf diesen Bezug. Auch ohne ausdrückliche oder bloß auf die Rechtsprechung gestützte Verpflichtung ist der Einfluss erheblich. Die Mehrheit dieser Gerichte bedient sich einer Art „Konformitätsauslegung“, d.h. die Verfassungsgerichte gehen davon aus, dass Verfassungsgerichte bei der „europarechtsfreundlichen“ bzw. „völkerrechtsfreundlichen“ Auslegung nationalen Verfassungsrechts und gegebenenfalls auch darüber hinausgehenden Gesetzesrechts die Rechtsprechung der europäischen Gerichtshöfe zu berücksichtigen hat.

Neben den Einflüssen, die auf rechtlicher Verpflichtung beruhen, sind Einflüsse bloß faktischer Natur festzustellen. Der Einfluss europäischer Judikatur auf die Rechtsprechung wird zunächst dadurch begünstigt, dass die Rechtsprechung der europäischen Gerichtshöfe von Beteiligten des Verfahrens zur Begründung herangezogen wird. Auch Richter der Verfassungsgerichte, die zuvor als Richter oder juristische Mitarbeiter an einem der europäischen Gerichtshöfe tätig waren, begünstigen den Einfluss.

Betont werden faktische Einflüsse in Form von gegenseitigen direkten Reaktionen der Gerichte aufeinander, zum Beispiel bewusste Antworten in Entscheidungen des Verfassungsgerichts auf Urteile des EuGH oder des EGMR, mögen sie auch andere Staaten betreffen haben.

d) Unionsrecht und Grundrechte-Charta

Einige Besonderheiten bestehen für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Für die Verfassungsgerichte dieser Staaten hat das Unionsrecht – und hier wieder die Grundrechte-Charta – steigende Bedeutung in der verfassungsgerichtlichen Praxis, wobei Art und Weise der Berücksichtigung des Unionsrechts sehr unterschiedlich sind.

Die Unterschiede treten besonders deutlich bei der Grundrechte-Charta zutage. Einige Verfassungsgerichte nehmen vor dem Hintergrund ihrer Verfassungsordnung keine Kumulation der Anwendbarkeit nationaler und europäischer Grundrechte vor, sondern gehen davon aus, dass entweder Verfassungsrecht oder die Grundrechte-Charta anwendbar ist, die Anwendungsfälle ließen sich strikt trennen, andere kumulieren die Inhalte der Grundrechte verfassungsrechtlicher, völkerrechtlicher und unionsrechtlicher Provenienz.

e) Wechselseitige Einflüsse in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte vieler Staaten macht deutlich, in welchem Maße die europäische Rechtsprechung auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten einwirkt. Aber auch Einflussnahmen in die Gegenrichtung sind wahrnehmbar und in den rechtlichen Grundlagen für die europäische Rechtsprechung angelegt.

Die inhaltlichen Schwerpunkte der Rezeption der Rechtsprechung des EGMR liegen bei den Verfahrensgarantien und beim Recht auf Privat- und Familienleben. Zahlreiche Gerichte nehmen häufiger Bezug auf die Rechtsprechung des EGMR zu den Artikeln 5 und 6 EMRK, Freiheit und faires Verfahren. Viele Gerichte erwähnen im Besonderen die Heranziehung der Kriterien des EGMR zur Beurteilung der Unabhängigkeit von Richtern und Gerichten.

Auch Einzelfragen im Bereich der Garantien aus Art 8 EMRK sind häufig Gegenstand in Entscheidungen der Verfassungsgerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten.

Bei den Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten der Europäischen Union wird die Rechtsprechung des EuGH oft in Entscheidungen aufgegriffen und zitiert. Häufiger ist die Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit der Anerkennung der grundlegenden Prinzipien der Unionsrechtsordnung, insbesondere der unmittelbaren Anwendbarkeit und des Anwendungsvorrangs.

Eine Vielzahl der Gerichte berücksichtigt jedoch wesentlich häufiger die Rechtsprechung des EGMR als jene des EuGH. Besonders hohe Bedeutung messen Verfassungsgerichte Mittel- und Osteuropas der Rechtsprechung des EGMR zu.

Eine weitere mögliche Einwirkung kann darin liegen, dass die Rechtsprechung europäischer Gerichte, wenn sie herangezogen wird, zunächst durch die Verfassungsgerichte zitiert wird und als Folge dessen von den Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichten (im Folgenden: Fachgerichte) desselben Staates in deren Rechtsprechung Berücksichtigung findet. Die Verfassungsrechtsprechung trägt die Rechtsprechung der europäischen Gerichte in die Rechtsprechung der übrigen Gerichte, einerseits weil diese auf unterschiedliche Weise zur Beachtung der verfassungsgerichtlichen Judikatur rechtlich verpflichtet sind, andererseits aber häufig darüber hinaus und in der Breitenwirkung bedeutsamer, weil Rechtsprechungslinien des Verfassungsgerichts auf die eigene Rechtsprechung übertragen werden.

Eine nicht zu unterschätzende Funktion der Verfassungsrechtsprechung besteht in diesem Zusammenhang in der Verbreitung der Rechtsprechung der europäischen Gerichtshöfe in der juristischen Diskussion wie in der Öffentlichkeit insgesamt.

Häufig wird davon ausgegangen, alle Gerichte der betreffenden Staaten hätten eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Berücksichtigung der europäischen Regelungen, eine Beachtung der europäischen Rechtsprechung erfolge aus diesem Grund. Seit einigen Jahren gibt es überdies eine Tendenz zur Schaffung gesetzlicher Regelungen, die vorsehen, dass ein abgeschlossenes Verfahren wieder aufzunehmen ist, wenn und soweit eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu einer Änderung im konkreten Verfahren führen kann. In zahlreichen Ländern bilden Urteile des EGMR, mit denen eine Verletzung der EMRK festgestellt wird, einen Wiederaufnahmegrund. Solche Regelungen

zwingen häufig nicht das Verfassungsgericht, sondern die nationalen Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte zu einer Auseinandersetzung mit den Entscheidungen des Gerichtshofes in Straßburg. Mit Blick auf das Recht der EU sind diese Gerichte zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH unionsrechtlich verpflichtet.

Auch in umgekehrter Richtung gibt es Einflüsse von den Verfassungsgerichten auf die europäischen Gerichte. Einige Gerichte bejahen ausdrücklich einen Einfluss im Rahmen eines Dialogs der Gerichte. Vor allem in der Rechtsprechung des EGMR nehmen Bezugnahmen auf die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte kontinuierlich zu. Während in früherer Zeit die Verfassungsrechtsprechung oft nur zur Darstellung der relevanten Rechtslage deskriptiv dargestellt wurde, wird sie heute in nicht wenigen Entscheidungen des EGMR als – mitunter entscheidendes – Argumentationselement herangezogen. Einige Verfassungsgerichte berichten von Konvergenzen zu einer gemeinsamen Lösung nach zuvor divergierender Rechtsprechung, die nicht durch einseitige Rezeption, sondern durch wechselseitige Beeinflussung zustande gekommen ist.

Für das Recht der Union legen die vertraglichen Grundlagen ausdrücklich solche Einflussnahmen nahe. Art. 52 IV sowie Art. 53 der Grundrechte-Charta nehmen ebenso wie Art. 6 III EUV Bezug auf die Verfassungen der Mitgliedstaaten bzw. die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen. Über die Heranziehung nationaler Lösungen und die Nutzung der Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als Erkenntnisquelle für wertende Rechtsvergleichung und Auslegungshilfe für anzuwendendes Unionsrecht finden die nationalen Argumente und Ansätze Eingang in die Rechtsprechung des EuGH und nehmen so Einfluss auf die europäische Rechtsprechung. Die Entscheidungen der Verfassungsgerichte spielen dabei eine wesentliche Rolle als Quelle der Erkenntnis verfassungsrechtlicher Tendenzen und Strömungen, sie prägen die Verfassungsüberlieferungen.

Die Rechtsprechung des EuGH wird aber auch durch Vorabentscheidungsverfahren begünstigt. Durch Vorlagen nach Art. 267 AEUV an den EuGH besteht für Verfassungsgerichte die Möglichkeit, Auslegungsergebnisse nach einer Verfassungsrechtsordnung, die unter Berücksichtigung europäischen Rechts gewonnen wurden, an den EuGH heranzutragen. Fragen an den EuGH unter Vermittlung eigener Positionen und Lösungsvorschläge stellen eine Möglichkeit des Dialogs mit dessen Rechtsprechung dar. Insbesondere bei neuen Problemlagen, wie z.B. bei Konkurrenzen und Konflikten zwischen den einzelnen Grundrechtsebenen, trägt das Vorabentscheidungsverfahren gleichzeitig zur Koordinierung zwischen nationalen und gemeineuropäischen Zugängen bei. Jüngste Beispiele für solche Vorlagen sind jene des deutschen Bundesverfassungsgerichts im EZB-Verfahren und jene des irischen Supreme Court und des österreichischen Verfassungsgerichtshofes zur Vorratsdatenspeicherrichtlinie.

f) Divergenzen in der Rechtsprechung

Trotz aller wechselseitigen Einflüsse, Rücksichtnahmen und Anpassungsvorgänge treten in der Rechtsprechung immer wieder kurzfristige, aber auch mittel- und im Einzelfall auch längerfristige Divergenzen auf, die unter bestimmten Voraussetzungen rechtlich gesehen nicht nur hingenommen werden, sondern sogar gewollt sind. Aufgabe der Verfassungsgerichte ist es, in jedem Konfliktfall eine adäquate Lösung zu finden. Hierzu können Rezeptions- und Anpassungsprozesse zwischen den nationalen und den europäischen Gerichten einen wichtigen Beitrag leisten. Dabei sind zur Bewertung der wechselseitigen Rezeptionen und der Beziehungen zwischen Verfassungsgerichten und europäischen Gerichten insbesondere auch verfassungsgerichtliche Entscheidungen mit abweichenden Begründungen oder Ergebnissen bzw. auch im Ergebnis übereinstimmende Entscheidungen mit wahrnehmbarer kritischer Distanz zu europäischen Urteilen maßgeblich.

Die Divergenzen werden in den allermeisten Fällen nach einiger Zeit aufgelöst und führen tendenziell zur Anhebung des Schutzniveaus, befördert durch die Günstigkeitsprinzipien des Art. 53 EMRK und des Art. 53 Grundrechte-Charta.

Mitunter bestehen Divergenzen hinsichtlich allgemeiner Definitionen oder der Bestimmung der Reichweite einzelner Garantien. In einzelnen Landesberichten werden Divergenzen darin gesehen, dass verschiedene Ausgangssituationen und unterschiedliche Aufgabenzuweisungen zwischen Verfassungsgerichten und europäischen Gerichtshöfen bestehen. Verfassungsgerichte und europäische Gerichtshöfe kämen daher häufig in Abwägungsentscheidungen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Die Verfassungsgerichte hätten teilweise andere Interessen und Werte in die Abwägung einzustellen als europäische Gerichte, sodass hier Divergenzen in der Judikatur entstehen könnten. Nicht gegenteilige Rechtsauffassungen, sondern unterschiedliche Lösungsansätze in bestimmten Konstellationen führten zu Divergenzen. Diese Divergenzen rührten daher, dass Verfassungsgerichte die nationale Verfassung zu achten hätten und nationale Interessen wahren müssten, die zu einer anderen Beurteilung gewisser Konstellationen führten. Diese nationale Perspektive fehle dem EGMR, in einigen Entscheidungen ergäben sich daraus Divergenzen, die als solche sichtbar werden.

Daher gibt es Divergenzen vor allem dort, wo die Berücksichtigung der europäischen Rechtsprechung aus Gründen des Verfassungsrechts nicht möglich ist. Bei den Verfassungsgerichten der Staaten der EU bestehen einzelne Divergenzen in der Judikatur zu grundlegenden Prinzipien, insbesondere zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor der Verfassung. Der EuGH geht von einem Anwendungsvorrang auch vor den Verfassungen der Mitgliedstaaten aus, die Verfassungsgerichte hingegen akzeptieren zwar den Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor einfachem, nationalem Recht, nicht aber vor der Verfassung. Die betreffenden Verfassungsgerichte akzeptieren also im Unterschied zum EuGH keinen umfassenden Vorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Verfassungsrecht.

g) Grenzen der Rezeption

Die Rezeption europäischer Rechtsprechung stößt dort an ihre Grenzen, wo ihr verfassungsrechtliche Gründe entgegenstehen, etwa wenn die Möglichkeiten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung dort enden, wo sie nach den anerkannten Methoden der Auslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar sind.

Grenzen der Berücksichtigung und Rezeption werden auch dort deutlich, wo die Verfassungsgerichte für bestimmte Konstellationen mit Hilfe eventuell verfassungsrechtlicher Erwägungen zu selben oder ähnlichen Ergebnissen gelangen wie europäische Gerichte, die sich auf Unionsrecht oder Völkerrecht stützen.

Grenzen der Rezeption, oder besser: der Bereitschaft zur Rezeption werden dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die Verfassungsgerichte auf unüberwindbare verfassungsrechtliche Grundprinzipien, auf den Vorrang der Verfassung oder aber auf die eigene Befugnis zur Ausübung so genannter „Reservekompetenzen“ verweisen.

Beispiele für Reservekompetenzen, die sich einige der Verfassungsgerichte bei grundsätzlicher Anerkennung der Letztentscheidungsbefugnis des EuGH zu Fragen der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts vorbehalten, sind ein konstitutives Merkmal des europäischen Verbundes kooperierender Verfassungsgerichte. Der Einfluss der *Ultra-Vires*-Vorbehalte, der Vorbehalte nationaler Identität und einer differenzierten Grundrechtskontrolle auf das Verhältnis zwischen europäischen Gerichten und Verfassungsgerichten hat in den vergangenen Jahren auch die Diskussion um Kompetenzgrenzen bestimmt.

2. Wechselwirkungen zwischen den Verfassungsgerichten

Die Wechselwirkungen in der Rechtsprechung einzelner Verfassungsgerichte sind schwerer festzustellen und auch in ihrem Umfang geringer. Sie sind zudem von einer Reihe regionaler Sonderfaktoren bestimmt. Während bis in die 1980er-Jahre keine nennenswerte wechselseitige Beeinflussung der Judikatur von Verfassungsgerichten wahrzunehmen war, hat sich die wechselseitige Beeinflussung von Verfassungsgerichten seit Beginn der 1990er-Jahre in ihrer Bedeutung wesentlich gesteigert. Einer Rechtsprechungsanalyse vorgelagert sind hier Einflüsse auf der Ebene der Verfassunggebung zu nennen, im Besonderen bei der Einführung verschiedener Modelle der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Entscheidung für ein bestimmtes Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit begünstigt auch Rezeptionsvorgänge im zwischenstaatlichen Bereich.

Die direkte wechselseitige Beeinflussung verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung hatte in historischer Perspektive Grenzen, die jedoch durchlässiger geworden sind. Der Abbau von

Sprachbarrieren, der institutionalisierte Austausch von Leitentscheidungen und regelmäßige bilaterale Gespräche zwischen Verfassungsgerichten vermochten in den letzten Jahren die wechselseitige Wahrnehmung der Entwicklung unterschiedlicher Lösungen für gemeinsame Probleme erheblich zu steigern. Im Bereich der grundrechtlichen Gewährleistungen im Rahmen strafrechtlicher Verfahren werden häufig rechtsvergleichende Erwägungen in den Entscheidungen der Verfassungsgerichte angestellt. Der punktuelle Rekurs auf Entscheidungen anderer nationaler Verfassungsgerichte erlaubt den einzelnen Gerichten, einen gemeineuropäischen Standard zu entwickeln und diesen wiederum zur Stärkung der eigenen Entscheidungen nutzbar zu machen. Der Vergleich mit den Lösungen anderer nationaler Verfassungsgerichte im europäischen Rechtsraum könnte zu einer Steigerung der Akzeptanz der Entscheidungen der Verfassungsgerichte führen.

Zahlreiche Gerichte bestätigen Bezugnahmen auf ausländische Verfassungsrechtsprechung. Im Bericht des deutschen Bundesverfassungsgerichts wird betont, es sei Ausdruck der richterlichen Unabhängigkeit, auch internationale Judikate zu beachten, und zwar nicht nur durch direkte Zitate, sondern auch durch argumentative Verarbeitung internationaler und ausländischer Konzepte.

In vielen Fällen wird der ausländische Einfluss auf die Verfassungsrechtsprechung in Form von Zitaten sichtbar. Häufiger als durch Zitate ausländischer Verfassungsrechtsprechung wird ausländische Rechtsprechung bei der Vorbereitung der Entscheidungen verwendet. Trotz fehlender Sichtbarkeit im Entscheidungstext nimmt die wechselseitige Bezugnahme auf Entscheidungen anderer Verfassungsgerichte zu. Soweit ausländische Verfassungsrechtsprechung im Vorfeld der Entscheidungen stattfindet, wird eine Darstellung im Entscheidungstext gar als überflüssig empfunden.

Der Verweis oder auch eine bloße Heranziehung im Vorfeld der Entscheidungsfindung dient der Darstellung unterschiedlicher Lösungsstrategien und damit der erleichterten Entscheidungsfindung.

Darüber hinaus wird in Sondervoten zu Verfassungsgerichtsentscheidungen häufiger auf ausländische Verfassungsrechtsprechung hingewiesen. Auch eine rechtsvergleichende Gesamtbetrachtung der Rechtsprechung der europäischen Verfassungsgerichte findet sich in Entscheidungen einiger Verfassungsgerichte. Aus solchen Darstellungen, die sich häufig auf einen Überblick beschränken, wird die Existenz eines „europäischen Standards“ gleichlautender Judikatur eine zusätzliche Stütze für die eigene Argumentation werden. Ausländische Verfassungsrechtsprechung wird regelmäßig nicht als eigenständiges Argument bzw. entscheidungsrelevante Bezugsquelle herangezogen, sondern als Bekräftigung von Ergebnissen, die mit anderen Argumenten ermittelt wurden. Voraussetzung für die Heranziehung ausländischer Rechtsprechung ist die Vergleichbarkeit der Sachmaterien bzw. der methodischen Zugänge.

Einzelne Landesberichte geben Hinweise auf Schwerpunkte der Zusammenarbeit sowie auf die Bedingungen, die einen Austausch zwischen den Verfassungsgerichten begünstigen. Gemeinsamkeiten in der Sprache spielen nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Rolle. Die Sprache ist von vornherein dort ohne Bedeutung, wo es kein anderes Land mit gleicher Amtssprache gibt. Aber auch jenseits dessen ist das Vorliegen einer gemeinsamen Sprache für viele Verfassungsgerichte kein Kriterium. Eine Vielzahl von Landesberichten beschreibt den Sprachraum als eines unter mehreren Auswahlkriterien, nach denen die Rechtsprechung ausländischer Verfassungsgerichte herangezogen wird. Das Kriterium des gemeinsamen Sprachraumes wird vereinzelt als sekundäres Auswahlkriterium nach den gemeinsamen Rechtstraditionen gesehen, wobei beide Kriterien häufig deckungsgleich sind.

Viel bedeutender als sprachliche Nähe ist die Vergleichbarkeit der Verfassungsordnungen, der Umstände des Falles und der aufgeworfenen Rechtsfragen. Nach diesen Parametern wird die Referenzjudikatur ausländischer Gerichte ausgewählt.

Eine Vielzahl von Landesberichten hebt das deutsche Bundesverfassungsgericht als das meistzitierte ausländische Verfassungsgericht hervor, und zwar unabhängig von regionalen oder sprachlichen Faktoren und mit einem Schwerpunkt auf Grundrechtsfragen.

Abgesehen von der eben beschriebenen Konzentration auf Grundrechtsfragen lassen sich nur begrenzt Schwerpunkte der Rezeption in Abhängigkeit vom Rechtsgebiet feststellen, in denen die Verfassungsgerichte vornehmlich auf die Rechtsprechung anderer europäischer Verfassungsgerichte zurückgreifen. Verfassungsgerichte von Staaten anderer Kontinente werden nur ausnahmsweise zitiert; am häufigsten finden sich noch Bezugnahmen auf Entscheidungen des US Supreme Courts.

Über die zwischen den Verfassungsgerichten unmittelbar gegebenen Formen der Kooperation hinausgehend gibt es *indirekte* wechselseitige Einflüsse zwischen den Verfassungsgerichten: Verfassungsgerichte bereichern in erheblichem Maße auch die Rechtsprechung europäischer Gerichte. Einzelstaatliche Lösungen der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere der Grundrechte, haben Vorbildfunktion für europäische Lösungen. Werden solche staatlichen Lösungen in der europäischen Judikatur verarbeitet und findet nachfolgend eine Rezeption der europäischen Rechtsprechung in anderen Staaten statt, so liegt auch darin eine Wechselwirkung zwischen Verfassungsgerichten, wobei die europäischen Gerichte gleichsam als Bindeglied und Katalysator dienen. Kooperation der Verfassungsgerichte wird solcherart untereinander mediatisiert und findet über den „Umweg“ der Rechtsprechung der europäischen Gerichtshöfe statt.

Die Zusammenarbeit zwischen den Verfassungsgerichten erschöpft sich dabei nicht in wechselseitiger Rezeption von Entscheidungen. Es ist ebenso entscheidend, sonstige Formen von Kooperation zu berücksichtigen. Multilaterale und bilaterale Konferenzen dienen dabei

dem Informations- und Erfahrungsaustausch ebenso wie die Übersetzung und Bereitstellung der Entscheidungen der nationalen Gerichte in Internetdatenbanken, sodass ein einfacher Zugang anderer nationaler Verfassungsgerichte möglich wird. Meist sind keine konkreten wechselseitigen Einflüsse in einer einzelnen Entscheidung festzustellen, wohl aber erfolgt der wechselseitige Austausch kontinuierlich durch internationale Kontakte.

Die große Mehrheit der Landesberichte führt verschiedene Formen der Kooperation zwischen den Verfassungsgerichten an. An der Spitze stehen Konferenzen, bilaterale Fachgespräche und als Zwischenform kleine Konferenzen oder Gespräche mit zwei oder mehreren ausländischen Gerichten gleichzeitig. Als weitere Kooperationsformen werden bilaterale Austauschvereinbarungen, Besuche und Praktika von wissenschaftlichen Mitarbeitern bei ausländischen Verfassungsgerichten oder bei den europäischen Gerichtshöfen, der informelle Informations- und Erfahrungsaustausch (auch auf wissenschaftlichen Konferenzen), die Mitgliedschaft in der Venedig-Kommission, die Mitgliedschaft in Vereinigungen von Verfassungsgerichten, gemeinsame Publikationen, rechtsvergleichende Analysen und Gutachten der Sekretariate, Besuche zu offiziellen Anlässen, sowie die Veröffentlichung von Entscheidungen in Übersetzung zum Online-Zugriff genannt.

3. Wechselwirkungen zwischen europäischen Gerichten

a) Ausgangslage

Wechselwirkungen zwischen der Rechtsprechung des EGMR und jener des EuGH berühren die Verfassungsgerichte nur am Rande und nur mittelbar. Für jene Mitgliedstaaten des Europarates und der EMRK, die nicht Mitglieder der Europäischen Union sind, stellt sich die Frage der Beachtlichkeit der Rechtsprechung des EuGH nicht bzw. aus einer ganz anderen Perspektive. Für diese stellt sich die Frage nach der Legitimität der Heranziehung des Unionsrechts zur Auslegung der EMRK.

Da diese Konferenz der Verfassungsgerichte unter Beteiligung der beiden europäischen Gerichtshöfe stattfindet, erscheint es jedoch angemessen, die Wechselwirkungen auch zwischen diesen beiden Gerichten und ihre Auswirkungen für die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte zu erörtern.

b) Bestehende und wachsende Wechselbeziehungen zwischen EGMR und EuGH

Vor dem Hintergrund der Fortentwicklung der vertraglichen Grundlagen, insbesondere im Bereich der Grund- und Menschenrechte, geht von der Grundrechte-Charta und ihrer rechtlichen Verankerung mit dem Vertrag von Lissabon ein wesentlicher Impuls für wechselseitige Rezeption zwischen EGMR und EuGH aus. Bereits heute zitieren einander der EuGH und der

EGMR regelmäßig. Der EGMR zieht die Grundrechte-Charta zur evolutiven Auslegung der Konventionsrechte ebenso heran, wie sich der EuGH umgekehrt auf die Rechtsprechung des EGMR sowohl zur Ermittlung des Inhaltes allgemeiner Rechtsgrundsätze als auch in jüngerer Vergangenheit zur Auslegung von Chartagrundrechten beruft. Die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Gerichtshofs der Europäischen Union zeigt bereits, dass sich frühe Ansätze wechselseitiger Rezeption kontinuierlich verstärken.

In umgekehrter Richtung wird ein Einfluss der Verfassungsgerichte auf den EuGH angenommen. Der Einfluss der nationalen Verfassungsgerichte verläuft dabei über den Umweg der EGMR-Entscheidungen. Dieser nutzt häufig den sog. „*consensus interpretative*“ als Auslegungshilfe und rekurriert dabei auf die Rechtsprechung der nationalen Verfassungsgerichte. Die Judikatur des EGMR wird auf diese Weise durch die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte beeinflusst. Wenn der EuGH die Judikatur des EGMR heranzieht, ist ein bedeutender Einfluss der Verfassungsgerichte auf die Rechtsprechung des EuGH vorhanden. Die Entwicklung der vertraglichen Rahmenbedingungen auf Seiten der EMRK und der Europäischen Union wird diese Ansätze voraussichtlich verstärken.

c) Status quo: Keine Auswirkungen auf die Verfassungsgerichte

Nahezu alle Landesberichte halten fest, dass unmittelbare Einflüsse aus der Interaktion zwischen den europäischen Gerichtshöfen derzeit nicht oder kaum gegeben sind. Eine Gruppe bestehend aus einer Vielzahl von Gerichten kann Auswirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf die Wechselbeziehungen zwischen den europäischen Gerichtshöfen bisher nicht erkennen oder sieht derartige Einflussmöglichkeiten nicht. Zahlreiche Gerichte geben an, Einflüsse von Rechtsprechungsdivergenzen zwischen den europäischen Gerichtshöfen auf die Verfassungsgerichte seien für die Zukunft vorstellbar bzw. zu erwarten.

Für einige Verfassungsgerichte besteht der Einfluss der EuGH-Rechtsprechung auf die nationale Verfassungsrechtsprechung unabhängig davon, ob diese in Entscheidungen des EGMR zitiert werden; einer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung durch den EGMR bedürfe es nicht, da das Verfassungsgericht die Judikatur des EuGH selbständig in seine Entscheidungen einbeziehe.

Bevorstehende Änderungen der vertraglichen Grundlagen werden voraussehbare Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Verfassungsgerichten und europäischen Gerichtshöfen haben. Dabei wird davon ausgegangen, dass ein Einfluss der Bezugnahme des EGMR auf den EuGH und auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts allgemein nur dann möglich ist, wenn und soweit im Einzelfall eine vergleichbare Konstellation zu derjenigen vor dem nationalen Verfassungsgericht vorliegt.

d) Beispiele von Auswirkungen auf die Verfassungsgerichte

Für die Bestimmung der Reichweite der verfassungsgerichtlichen Kontrolle im Bereich des Unionsrechts wird die *Bosphorus*-Rechtsprechung des EGMR von einigen Gerichten herangezogen. Das Verfassungsgericht Polens übernimmt unter Nennung der Rechtsprechung des EGMR den Ansatz, die Gleichwertigkeit der Grundrechtsstandards zwischen Europäischer Union und polnischer Verfassung widerleglich zu vermuten und behält sich lediglich eine „*Ultra-Vires*-Entscheidung“ vor. Das Verfassungsgericht der Tschechischen Republik nimmt Bezug auf die *Bosphorus*-Rechtsprechung zur Beschreibung und Bekräftigung der gegenwärtig zulässigen Annahme der Gleichwertigkeit des Grundrechtsschutzes auf Ebene der EU mit dem Grundrechtsstandard nach tschechischem Verfassungsrecht.

Beispiele von Einflüssen der Übernahme von EuGH-Judikatur oder Charta-Grundrechten in der Auslegung der EMRK auf verfassungsgerichtliche Verfahren zeigen sich vor allem im Bereich der Justizgarantien.

e) EMRK-Beitritt der EU und Verfassungsgerichtsbarkeit

In mehreren Landesberichten wird der vorgesehene Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention als wesentlich zur Verstärkung von Wechselwirkungen auf allen Ebenen der Rechtsprechung gesehen. Einige Landesberichte gehen konkret davon aus, dass ein Einfluss der Verfassungsgerichtsrechtsprechung auf das Verhältnis zwischen EuGH und EGMR nach dem Beitritt der Europäischen Union zur EMRK gegeben ist.

Im Mittelpunkt steht die Frage nach den Konsequenzen der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des Rechtsschutzmechanismus auf europäischer Ebene nach einem Beitritt der Europäischen Union zur EMRK. Im Besonderen ist zu fragen, welche Folgen es für die Verfassungsgerichte haben wird, wenn Entscheidungen des EuGH im Verfahren vor dem Gerichtshof in Straßburg überprüft werden.

Insbesondere der „*co-respondent mechanism*“ wirft Fragen nach seiner innerstaatlichen Wirkung auf. Unklar ist auch, auf welchem Weg eine Vorabbeurteilung nach Art. 3 VI des Beitrittsvertragsentwurfes nach Unionsrecht herbeigeführt werden kann.

f) Divergenzen und Konvergenzen

Aus der Perspektive der Themenstellung des Kongresses sind die Auswirkungen von Divergenzen zwischen den Entscheidungen der europäischen Gerichtshöfe auf die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte zu untersuchen. Zahlreiche Gerichte sehen keinen Einfluss von Divergenzen zwischen der Rechtsprechung des EuGH und jener des EGMR unter Hinweis auf die Nicht-Mitgliedschaft in der Europäischen Union. Andere Gerichte nehmen an, dass Auswirkungen auf die jeweiligen Verfassungsgerichte nur sehr begrenzt bzw. gar nicht vorhanden sein werden.

g) Vorabentscheidungsverfahren

Die deutlichste normative Klammer für das Zusammenwirken bildet Art. 267 AEUV, der unter bestimmten Voraussetzungen ein Gebot für das nationale Gericht enthält, eine Arbeitsteilung mit dem EuGH vorzunehmen. Konkret bietet das Vorabentscheidungsverfahren eine Möglichkeit der dialogischen Zusammenarbeit auch zwischen Verfassungsgerichten und EuGH. Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH steht dabei der Wahrnehmung der Rolle der Verfassungsgerichte nicht entgegen.

Dies ändert nichts an der Befugnis aller übrigen Gerichte eines Staates, Fragen der Auslegung der Verträge und über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung vorzulegen, wenn das Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält. Weder die Teilung der Zuständigkeiten zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen noch die Konzentration der Normenkontrolle beim Verfassungsgerichtshof steht damit in Widerspruch.

Verfassungsgerichtliche *Normenkontrolle* und Vorlagen an den EuGH können nebeneinander bestehen. Wie der EuGH im Zusammenhang mit der verfassungsgerichtlichen Prüfung eines eine Richtlinie umsetzenden Gesetzes in der Französischen Republik im Rahmen des Verfahrens der *question préliminaire de constitutionnalité* festgestellt hat, steht Art. 267 AEUV einem Zwischenverfahren zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen nicht entgegen, soweit es den anderen Gerichten des Verfahrens freisteht, in jedem Moment des Verfahrens (auch nach Abschluss des Zwischenverfahrens) jede für erforderlich gehaltene Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, jede erforderliche Maßnahme vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutzes zu treffen und nach Abschluss des Zwischenverfahrens eine allenfalls als unionsrechtswidrig angesehene Maßnahme unangewendet zu lassen. Dabei ist maßgeblich, dass dem Gerichtshof der Europäischen Union nicht die Möglichkeit genommen wird, seinerseits die Kontrolle von Sekundärrecht am Maßstab des Primärrechts und der mit den Verträgen gleichrangigen Charta auszuüben.

Vereinzelt zeigen die Landesberichte die Annahme der Gerichte, ein Dialog zwischen EuGH und EGMR biete die Möglichkeit, durch einheitliche Lösungen eine Verstärkung der Rechtssicherheit zu erreichen. Konkret wird eine allgemeinen Konvergenz des Grundrechtsschutzes in Europa angenommen, bedingt durch zahlreiche Kontakte zwischen den verschiedenen Gerichten und Gerichtshöfen finde eine gegenseitige Einflussnahme statt; dies führe letztlich zu einer Harmonisierung der Judikatur in zentralen Grundrechtsfragen. So kann ein mittelbarer Einfluss nationaler Verfassungsgerichte darin erblickt werden, dass ehemalige nationale Richter ihre Erfahrungen in die europäischen Gerichtshöfe tragen,

wodurch nationale Konzepte Eingang in die Rechtsprechung der europäischen Gerichtshöfe fänden. Der EuGH könnte als direkte Folge der Beachtung der Judikatur des EGMR durch die Verfassungsgerichte geleitet sein, die Argumentation des EGMR anzunehmen.

**Сотрудничество между конституционными судами в Европе –
рамочные условия и перспективы в настоящее время**

Кристоф ГРАБЕНВАРТЕР

Член Конституционного суда Австрийской Республики

Генеральный доклад и раскрытие проблематики

Вступление

В основу генерального доклада заложен состоящий из трех разделов вопросник, по которому в общей сложности 41 суд представил национальные доклады. Подробность ответов на отдельные вопросы отличалась по разным причинам, три из которых следует особо выделить в самом начале.

Во-первых, варьируется объем компетенций судов, с чем связаны и различные формы, и степень интенсивности сотрудничества. Во-вторых, третья группа вопросов лишь краем затрагивает судебную практику конституционных судов, вследствие чего ответы также должны были быть лаконичными. В связи с этим следует, в-третьих, упомянуть, что лишь 28 стран – членов Совета Европы и ЕКПЧ являются одновременно и странами – членами Европейского Союза, и сформулированный в третьем тематическом блоке вопрос об отношении судебной практики ЕСПЧ и Суда ЕС непосредственно касается лишь судов из этого круга государств.

Следующая ниже сокращенная версия кратко излагает центральные пункты и наиболее важные результаты значительно более полной версии генерального доклада, который предусмотрен для публикации итогов Конгресса вместе с национальными докладами, следуя при этом их структуре.

1. Взаимодействие между конституционным правом и Европейским правом

а) Конституционно-правовые рамочные условия

Все национальные доклады показывают, что конституционные суды сегодня не ограничиваются изолированным толкованием своего национального конституционного права. Влияние Европейского права на конституционное право, но также и взаимодействие между правом ЕС и национальным правом, по различным причинам, усилилось за последние годы. Это касается прежде всего сферы основных прав и свобод, а также и других содержащихся в конституции пунктов, которые определяют и

на которые оказывают влияние международные договоры на региональном уровне, в особенности в рамках Совета Европы.

Для конституционных судов государств – членов Европейского Союза право ЕС в качестве фактора влияния находится на первом плане. В некоторых государствах верховенство права ЕС и его непосредственное применение являются решающими факторами для описания правового обязательства конституционных судов учитывать Европейское право.

Прежде всего в области защиты основных прав и свобод конституционные суды сталкиваются не только с основными правами и свободами, закрепленными в конституции, но и с гарантиями в документах различного происхождения и качества, которые, в зависимости от правовой системы, имеют различное действие. К ним относится, в первую очередь, ЕКПЧ. Ряд судов описывает ЕКПЧ в качестве наиболее часто цитируемого источника международного права, используемого в их решениях. Кроме того, почти все остальные суды регулярно ссылаются на гарантии ЕКПЧ.

В ряде государств международное право не является мерилom проверки для конституционного суда. В других судах право ЕС и международное право хотя и не относятся к стандартам, применяемым конституционным судом, но тем не менее осуществляется толкование национального права в соответствии с правом ЕС и международным правом.

Большое количество судов применяют толкование, открытое к нормам международного права и права ЕС, т. е. европейское право (региональное международное право и/или право ЕС) служит в качестве помощи и подкрепляющего аргумента при интерпретации норм внутреннего права.

Федеральный конституционный суд Германии выводит из «шарнирных норм» (*Scharniernormen*) Конституции непосредственное обязательство учитывать Европейское и международное право, если оно вытесняет, переформирует или влияет на нормы национального права. На основании этого Суд исходит из принципа открытости Основного закона по отношению к Европейскому и международному праву. На этом основывается, в свою очередь, взятое им на себя обязательство обширно ссылаться на право ЕС и международное право, а также на решения наднациональных и международных судов, призванных толковать это право. Таким образом удастся избежать конфликтов между международным и национальным правом.

Другие суды указывают на то, что национальная конституция содержит обязательство соблюдать общепризнанные нормы международного права и объявляет их

составляющей национального правопорядка. Более того, во многих государствах международные договоры были внедрены в национальную правовую систему. В некоторых государствах международное право относится к стандартам, применяемым конституционным судом в рамках нормоконтроля, что приравнивает его к конституционному праву. В ряде конституционных судов государств – членов Европейского Союза это относится и к международному, и к Европейскому праву. Во многих государствах международные договоры занимают положение между обычными законами и конституцией. В нескольких государствах международные договоры подлежат непосредственному применению. В некоторых конституциях предусмотрены свои, особые положения для международных и европейских инструментов защиты прав человека, их особый статус варьируется от страны к стране.

В некоторых государствах конституционный суд прямо лишен компетенции проверки права ЕС и международного права, или же нормы права ЕС и международного права не являются предметом проверки в конституционном судопроизводстве.

В тех системах, в которых отдельные граждане вправе обратиться в конституционный суд, суды также уполномочены ссылаться на положения международных договоров. В отдельных государствах подразумевается, что в конституционном суде могут быть заявлены нарушения всех основных прав и свобод, включая те, которые были внедрены в национальное право на основании международных договоров.

b) Международное право и конституционное правосудие

Некоторые источники международного права упоминаются в национальных докладах особенно часто. ЕКПЧ играет и здесь, с формальной точки зрения, выдающуюся роль, так как занимает в различных правовых системах конституционно-правовой или квазиконституционный ранг, или же она возведена в особый ранг по отношению к обыкновенным законам. Некоторые конституционные суды применяют Европейскую социальную хартию. *Мягкое право*, например, в форме рекомендаций и резолюций органов Совета Европы, также иногда служит, по данным многочисленных национальных докладов, для обоснования конституционных решений.

Международный пакт о гражданских и политических правах (ССПР) часто используется конституционными судами в качестве источника международного права, преимущественно вместе с другими гарантиями прав человека. Далее, следует особо выделить Конвенции МОТ, Женевскую конвенцию о статусе беженцев, а также Конвенцию ООН о правах ребенка.

В своей судебной практике ЕСПЧ также ссылается на все эти источники права, когда дело касается толкования закрепленной в Конвенции гарантии, которая соответствует правам в этих соглашениях или хотя бы обнаруживает с ними сходство.

с) Способ учитывания европейской судебной практики конституционными судами

В некоторых государствах существует четкое положение конституции или закона, из которого вытекает обязывающее действие судебной практики европейских судов. В большинстве государств, однако, четкое положение в конституции, юридически обязывающее учитывать судебную практику европейских судов, отсутствует, но тем не менее конституционные суды в некоторых государствах и здесь исходят из обязательства (преимущественно конституционно-правового характера) учитывать прецедентную практику европейских судов. В обоих случаях конституционные суды регулярно ссылаются на нее, и ее влияние значительно, даже без четко выраженного или опирающегося на сложившуюся практику обязательства. Большинство судов пользуется при этом своего рода «толкованием в духе соответствия», т. е. конституционные суды, толкуя национальное конституционное право и, при необходимости, обыкновенные законы в духе «открытости» по отношению к Европейскому и международному праву, должны учитывать судебную практику европейских судов.

Помимо влияния, основанного на юридической обязанности, следует констатировать и влияние чисто фактической природы. Воздействию европейской судебной практики на решения конституционных судов благоприятствует прежде всего то, что стороны процесса приводят судебную практику европейских судов в качестве обоснования. Кроме того, судьи конституционных судов, работавшие ранее судьями или юридическими сотрудниками в одном из европейских судов, также усиливают это влияние.

Следует подчеркнуть фактическое влияние в виде взаимных прямых реакций судов друг на друга, например, сознательных ответов в решениях конституционного суда на постановления Суда ЕС и ЕСПЧ, даже если они касались других государств.

d) Право Европейского Союза и Хартия основных прав

Для государств – членов Европейского Союза характерны некоторые общие особенности. Право Европейского Союза, и здесь опять же Хартия основных прав, приобретает все большее значение в судебной практике конституционных судов этих государств, хотя методы учитывания права ЕС сильно различаются между собой.

Особенно отчетливо эти различия проявляются в Хартии основных прав. Некоторые конституционные суды, в свете своего конституционного порядка, не применяют

одновременно основные права, предусмотренные в нормах и национального, и Европейского права, исходя из того, что применению подлежит либо конституционное право, либо Хартия основных прав, и случаи применения не могут быть строго разделены, другие суды используют кумулятивный подход в применении основных прав и свобод, закрепленных в нормах конституционного, международного и Европейского права.

е) Взаимное влияние в судебной практике

Судебная практика конституционных судов во многих странах четко показывает, в какой степени европейская судебная практика воздействует на правовые системы государств-членов. В то же время наблюдается и воздействие в противоположном направлении, заложенное в правовых основах европейской судебной практики.

Рецепция судебной практики ЕСПЧ происходит главным образом в области процессуальных гарантий и права на частную и семейную жизнь. Многочисленные суды все чаще приводят решения ЕСПЧ в отношении статей 5 и 6 ЕКПЧ, гарантирующих право на свободу и справедливое судебное разбирательство. Многие суды упоминают, в частности, о том, что используют критерии ЕСПЧ при оценке независимости судей и судов.

Отдельные вопросы, касающиеся предусмотренных в статье 8 ЕКПЧ гарантий, часто являются предметом рассмотрения при вынесении решений конституционными судами стран-членов.

Конституционные суды государств – членов Европейского Союза в своих решениях часто обращаются к судебной практике Суда ЕС и цитируют его постановления. Особенно часто ссылка на судебную практику Суда ЕС производится в связи с признанием основополагающих принципов правопорядка Европейского Союза, в частности, прямого применения и верховенства права ЕС.

Однако многие суды значительно чаще учитывают судебную практику ЕСПЧ, нежели Суда ЕС. Особенно большое значение судебной практике ЕСПЧ придают конституционные суды Центральной и Восточной Европы.

Еще одна возможность влияния может заключаться в том, что судебная практика европейских судов вначале приводится в решениях конституционных судов и впоследствии учитывается судами по гражданским, уголовным и административным делам (далее именуемыми судами общей юрисдикции) того же государства в своей судебной практике. Конституционное правосудие является своего рода посредником между судебной практикой европейских судов и судебной практикой других судов. С

одной стороны, ввиду того, что на суды общей юрисдикции, тем или иным способом, возложена юридическая обязанность учитывать судебную практику конституционных судов, с другой стороны, и этот дополнительный фактор еще более важен, ввиду того, что направления судебной практики конституционного суда влияют на национальную судебную практику.

В этой связи немаловажная функция конституционного правосудия заключается в распространении судебной практики европейских судов в экспертных дискуссиях и в общественности в целом, и эту функцию трудно переоценить.

Часто предполагается, что все суды соответствующих государств, согласно конституционному праву, обязаны учитывать положения Европейского права, и обращение к европейской судебной практике осуществляется по этой причине. Более того, в последние годы наблюдается тенденция к созданию правовых норм, предусматривающих возобновление уже оконченого процесса в случае, если постановление Европейского суда по правам человека может повлиять на исход конкретного дела. Во многих странах постановления ЕСПЧ, в которых устанавливается нарушение ЕКПЧ, являются основанием для возобновления производства по делу. Подобные правовые нормы часто принуждают не конституционный суд, а национальные суды по гражданским, уголовным и административным делам к рассмотрению решений Страсбургского Суда. В отношении права Европейского Союза эти суды обязаны, в соответствии с правом Европейского Союза, учитывать прецедентную практику Суда ЕС.

В то же время существуют и примеры влияния конституционных судов на европейские суды. Некоторые суды четко подчеркивают подобное влияние в рамках диалога между судами. Количество ссылок на практику конституционных судов неуклонно растет, в первую очередь, в судебной практике ЕСПЧ. Если раньше решения конституционных судов часто служили лишь для описания соответствующей правовой ситуации, то в настоящее время они нередко привлекаются в решениях ЕСПЧ в качестве подкрепляющего, а подчас и решающего аргумента. Некоторые конституционные суды сообщают, что, несмотря на первоначальные разногласия, в решениях все же было достигнуто согласие, причем совместное решение было найдено не путем одностороннего принятия, а путем взаимного влияния.

Что касается права Европейского Союза, то положения Договоров прямо указывают на подобное влияние. Ст. 52 IV и ст. 53 Хартии основных прав, а также ст. 6 III Договора о Европейском Союзе ссылаются на конституции государств-членов и на совместные конституционные традиции. Национальные аргументы и подходы, служа в качестве источника при сравнении правовых систем и толковании применимого права ЕС в ходе обращения к национальным решениям и конституционным традициям государств-

членов, проникают в судебную практику Суда ЕС и, таким образом, влияют на европейскую судебную практику. Решения конституционных судов играют при этом значительную роль, способствуя изучению конституционно-правовых тенденций и течений и формируя конституционные традиции.

Влияние судебной практики Суда ЕС также усиливается вследствие преюдициальной процедуры. Направление преюдициального запроса в Суд ЕС, согласно ст. 267 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС), дает конституционным судам возможность представить результаты своего толкования, основанные на конституционном правопорядке и полученные с учетом Европейского права, в Суд ЕС. Вопросы, обращенные к Суду ЕС, с кратким изложением своей позиции и предложением вариантов решения, делают возможным ведение диалога в рамках судебной практики. Это относится, в особенности, к новым проблемам, например, касающимся конкуренции и конфликтов между отдельными пластами основных прав и свобод человека, и преюдициальная процедура одновременно способствует координации национальных и общеевропейских подходов. Недавними примерами являются запросы, направленные Федеральным конституционным судом Германии в процессе ЕЦБ, а также Верховным судом Ирландии и Конституционным судом Австрии в отношении директивы ЕС о хранении персональных данных пользователей.

f) Разногласия в судебной практике

Несмотря на различного рода взаимное влияние, учитывание практики и действия по адаптации, в судебной практике время от времени встречаются разногласия, существующие в краткосрочной, среднесрочной и, в отдельных случаях, в долгосрочной перспективе, которые с юридической точки зрения, при определенных обстоятельствах, не только принимаются к сведению, но даже желательны. Задачей конституционных судов является поиск подходящего решения в каждом случае конфликта. Здесь важную роль могут сыграть процессы рецепции и адаптации, происходящие между национальными и европейскими судами. Для оценки взаимной рецепции и взаимоотношений между конституционными судами и европейскими судами необходимо изучать решения конституционных судов, в частности, решения, отступающие от сложившейся практики европейских судов при обосновании или в отношении полученных результатов, а также решения, которые, хотя в конечном итоге и совпадают с практикой европейских судов, но тем не менее отражают ощутимую критическую дистанцию.

В большинстве случаев по прошествии определенного времени разногласия разрешаются и, по общей тенденции, ведут к повышению уровня защиты, подкрепляемому критериями благоприятности согласно ст. 53 ЕКПЧ и ст. 53 Хартии основных прав.

Иногда разногласия возникают в отношении общих понятий или определения сферы действия отдельных гарантий. В отдельных национальных докладах разногласия усматриваются в существовании различных исходных ситуаций и различного распределения задач между конституционными и высшими европейскими судами. Вследствие этого конституционные суды и европейские суды приходят при взвешивании интересов и ценностей к различным результатам. Как показывают доклады, конституционные суды обязаны рассматривать иные интересы и ценности, чем европейские суды, что может вылиться в разногласия в судебной практике. Подобные расхождения объясняются не различным толкованием закона, а разницей в подходе к поиску решения при определенных обстоятельствах. Они обусловлены тем, что конституционные суды обязаны соблюдать национальную конституцию и национальные интересы, которые приводят к несколько иной оценке определенных обстоятельств. Подобная национальная перспектива отсутствует у ЕСПЧ, и в некоторых решениях, следовательно, возникают заметные разногласия.

Подытоживая вышесказанное, расхождения наблюдаются прежде всего в случаях, когда учет европейской судебной практики невозможно в силу конституционного права. Конституционные суды государств – членов ЕС докладывают об отдельных примерах разногласий в судебной практике относительно основополагающих принципов, в частности, в отношении приоритета права ЕС над национальной конституцией. Суд ЕС исходит из верховенства права ЕС также и над конституциями государств-членов, в то время как конституционные суды, хотя и принимают принцип верховенства права ЕС над обыкновенными национальными законами, но не над конституцией. В отличие от Суда ЕС, эти конституционные суды не принимают обширный приоритет права ЕС над национальным конституционным правом.

г) Границы рецепции

Рецепция европейской судебной практики достигает своих границ, когда решения европейских судов не могут быть исполнены по причине существующего конституционного права и когда, например, толкование в соответствии с международным правом на основании признанных методов толкования и интерпретации конституции уже более не оправдано.

Границы учета и рецепции проступают и тогда, когда конституционные суды при определенных обстоятельствах, посредством конституционно-правовых соображений, приходят к одинаковым или похожим результатам, что и европейские суды, которые опираются на право ЕС или международное право.

Достигая границ рецепции или, скорее, границ готовности к рецепции европейской судебной практики, конституционные суды склонны указывать на непреодолимые основные принципы конституции, верховенство конституции или свои собственные полномочия осуществлять так называемые «зарезервированные компетенции».

Примеры «зарезервированных компетенций», которые оставляют за собой некоторые конституционные суды, принципиально признавая окончательный авторитет Суда ЕС в вопросах толкования и применения права ЕС, являются основополагающим признаком европейской ассоциации сотрудничающих между собой конституционных судов. За последние годы влияние оговорок *ultra-vires*, оговорки относительно национальной идентичности и дифференцированного нормоконтроля в сфере основных прав и свобод на взаимоотношения между европейскими и конституционными судами находилось также в центре дискуссии вокруг границ компетенций.

2. Взаимодействие между конституционными судами

Взаимодействие в судебной практике отдельных конституционных судов установить более сложно и оно также менее значительно. Более того, оно определяется рядом особых региональных факторов. В то время как вплоть до 1980-х годов не наблюдалось достойного упоминания воздействия решений конституционных судов друг на друга, взаимное влияние конституционных судов с начала 1990-х годов существенно усилилось. Прежде чем перейти к анализу судебной практики, следует упомянуть о влиянии на конституционном уровне, в частности, при внедрении различных моделей конституционного правосудия. Решение о принятии определенной модели конституционного правосудия благоприятствует процессу рецепции на межгосударственном уровне.

Прямое взаимное влияние конституционной судебной практики в прошлом имело свои границы, которые, однако, стали более проницаемыми. Благодаря устранению языковых барьеров, институционализированному обмену судебными прецедентами и регулярным двусторонним переговорам между конституционными судами взаимное восприятие разработки различных решений для общих проблем, однако, в последние годы значительно возросло. В области обеспечения основных прав и свобод в рамках уголовных процессов в конституционных судах часто проводится сравнительно-правовой анализ. Выборочное обращение к решениям других национальных конституционных судов позволяет отдельным судам разработать единый европейский стандарт и использовать его, в свою очередь, для подкрепления собственных решений. Сравнение с решениями других национальных конституционных судов в европейском правовом пространстве могло бы привести к более высокому уровню признания решений конституционных судов.

Многочисленные суды подтверждают, что ссылаются на решения зарубежных конституционных судов. В отчете Федерального конституционного суда Германии подчеркивается, что обращение к международным судебным решениям, и не только путем прямого цитирования, но и путем включения аргументов из зарубежных концепций в собственное обоснование решения, являются выражением судебной независимости.

Во многих случаях влияние зарубежных судов на конституционную судебную практику становится заметным по количеству цитат. Однако еще чаще зарубежная конституционная прецедентная практика используется при подготовке решений. Таким образом, частота ссылок конституционных судов друг на друга растет, хотя это не прослеживается в тексте решения. И если решение зарубежного конституционного суда выносится накануне принятия собственного решения, то указание на него считается излишним.

Указание на зарубежную судебную практику или лишь обращение к ней в преддверии принятия собственного решения служит для иллюстрации различных стратегий решения проблемы и тем самым облегчает принятие решения.

Более того, в особых мнениях по решениям конституционного суда часто указывается на зарубежную судебную практику. Некоторые конституционные суды рассматривают решения, вынесенные другими конституционными судами в Европе, в рамках сравнительного анализа. Основываясь на подобных описаниях, которые часто ограничиваются одним лишь кратким обзором, они вырабатывают «европейский стандарт» совпадающей судебной практики с целью поддержки своей собственной аргументации. Зарубежная конституционная практика, как правило, не привлекается в качестве самостоятельного аргумента или имеющего решающее значение источника, а используется с целью подкрепления результатов, которые были достигнуты с помощью других аргументов. Непременным условием для привлечения зарубежной судебной практики является сопоставимость материи и методических подходов.

Отдельные национальные доклады указывают на главные сферы сотрудничества, а также на условия, благоприятствующие обмену мнениями между конституционными судами. Общий язык играет роль лишь при определенных обстоятельствах. Язык не имеет значения изначально в том случае, если не существует ни одной другой страны с тем же государственным языком. Однако для многих конституционных судов наличие общего языка не является существенным критерием. В многочисленных национальных докладах языковое пространство является одним из нескольких критериев при выборе зарубежной судебной практики, которую предстоит учесть. В некоторых случаях критерий общего языкового пространства рассматривается на втором месте после критерия общих правовых традиций, хотя оба критерия часто перекрываются.

Намного важнее, чем языковая близость, представляется сопоставимость конституционных систем, обстоятельств дела и поднятых юридических вопросов. На основе этих параметров происходит выбор подлежащей учитыванию зарубежной практики.

Во многих национальных докладах Федеральный конституционный суд Германии указывается в качестве наиболее часто цитируемого иностранного конституционного суда, независимо от региональных и языковых факторов, в особенности в делах, касающихся основных прав и свобод.

Помимо описанной выше сосредоточенности на вопросах, связанных с основными правами и свободами, сложно выявить особые области права, в которых конституционные суды преимущественно склонны обращаться к решениям других европейских конституционных судов. Конституционные суды из стран на других континентах цитируются лишь в исключительных случаях; наиболее часто ссылки делаются на решения Верховного суда США.

Кроме прямых форм сотрудничества между конституционными судами наблюдаются также *косвенное* взаимодействие. Конституционные суды в значительной степени обогащают и судебную практику судов европейского уровня. Национальные решения в сфере доктрины публичного права, в особенности в отношении основных прав и свобод, становятся образцом для европейских решений. И если подобные национальные решения проникают в европейскую судебную практику и затем происходит рецепция европейской судебной практики в других государствах, то в этом также заключается взаимодействие между конституционными судами, причем европейские суды играют в нем роль связующего звена и катализатора одновременно. Таким образом, сотрудничество конституционных судов между собой осуществляется опосредованно, «окольным путем», через судебную практику европейских судов.

Сотрудничество между конституционными судами не исчерпывается взаимной рецепцией решений. Следует также принять во внимание и другие формы сотрудничества. Многосторонние и двусторонние конференции служат при этом обмену информацией и опытом точно так же, как и перевод и предоставление в распоряжение решений национальных судов в базах данных в Интернете, чтобы облегчить к ним доступ других национальных конституционных судов. В большинстве случаев трудно установить особое взаимное влияние в отдельном решении, однако международные контакты содействуют непрерывному взаимодействию.

В большинстве национальных докладов приводятся различные формы сотрудничества между конституционными судами. Чаще всего упоминаются конференции, двусторонние экспертные переговоры и, в качестве промежуточной формы,

конференции меньшего масштаба и встречи с двумя или несколькими зарубежными судами. Другими формами сотрудничества являются двусторонние соглашения об обмене, визиты и стажировки научных сотрудников в зарубежных конституционных судах или в европейских высших судах, неформальные обмены информацией (включая научные конференции), членство в Венецианской комиссии, членство в ассоциациях конституционных судов, совместные публикации, сравнительно-правовые анализы и экспертизы секретариатов, официальные визиты, а также переводы решений, доступные в режиме онлайн.

3. Взаимодействие между европейскими судами

а) Исходная ситуация

Взаимодействие между судебной практикой ЕСПЧ и Суда Европейского Союза касается конституционных судов лишь краем и косвенно. Для государств – членов Совета Европы и ЕКПЧ, не являющихся членами Европейского Союза, вопрос о следовании судебной практике Суда ЕС не возникает вообще или же приобретает совсем иную перспективу. Для этих государств встает вопрос о легитимности привлечения права ЕС для толкования ЕКПЧ.

Ввиду того, что в данной конференции конституционных судов участвуют оба европейских суда, представляется уместным обсудить взаимодействие между этими судами и последствия для судебной практики конституционных судов.

б) Существующие и усиливающиеся взаимоотношения между ЕСПЧ и Судом ЕС

На фоне эволюции нормативно-правовой базы, формируемой Договорами, в частности, в области основных прав и свобод, от Хартии основных прав и ее юридического закрепления в Лиссабонском договоре исходит важный импульс для взаимодействия между ЕСПЧ и Судом ЕС. Уже сегодня ЕСПЧ и Суд ЕС регулярно цитируют друг друга. ЕСПЧ использует Хартию основных прав для эволюционного толкования прав, изложенных в Конвенции, точно так же, как и Суд ЕС, в свою очередь, ссылается на судебную практику ЕСПЧ не только для определения содержания общих принципов права, но и с недавних пор для интерпретации основных прав, закрепленных в Хартии. Недавняя судебная практика Европейского суда по правам человека и Суда Европейского Союза уже показывает, что первые признаки взаимной рецепции непрерывно усиливаются.

В то же время предполагается, в свою очередь, и влияние конституционных судов на Суд ЕС, которое осуществляется опосредованно, через постановления ЕСПЧ. Последний часто использует инструмент т. н. «консенсуса толкования» при интерпретации

Конвенции, прибегая при этом к судебной практике национальных конституционных судов. И так, на судебную практику ЕСПЧ оказывает влияние и судебная практика конституционных судов. И если Суд ЕС, в свою очередь, обращается к прецедентной практике ЕСПЧ, то присутствует значительное влияние конституционных судов на решения Суда ЕС. Ожидается, что дальнейшее развитие Договоров в качестве нормативно-правовой базы как для ЕСПЧ, так и для Европейского Союза еще более усилит эту тенденцию.

c) Status quo: отсутствие влияния на конституционные суды

Почти все национальные доклады констатируют, что взаимодействие между европейскими судами практически не оказывает непосредственного влияния на конституционные суды. Большинство судов не обнаружили какого-либо воздействия судебной практики конституционных судов на взаимодействие между европейскими судами на данный момент, или же не видят возможностей для подобного влияния. Многие суды предполагают, что влияние разногласий в судебной практике между европейскими судами на конституционные суды вполне возможно или ожидаемо в будущем.

Некоторые конституционные суды придерживаются мнения, что судебная практика Суда ЕС влияет на судебную практику национальных конституционных судов независимо от того, цитируются ли решения Суда ЕС в практике ЕСПЧ; они считают, что нет необходимости в том, чтобы ЕСПЧ реципировал решения Суда ЕС, так как конституционный суд самостоятельно учитывает постановления Суда ЕС в своих решениях.

Ожидается, что предстоящие изменения в Договорах будут иметь предсказуемые последствия на взаимоотношения между конституционными судами и европейскими судами. Предполагается, что влияние ссылок ЕСПЧ на Суд ЕС и на судебную практику конституционного суда возможно лишь в том случае, если обстоятельства дела сопоставимы с обстоятельствами дела, рассматриваемого национальным конституционным судом.

d) Примеры воздействия на конституционные суды

С целью определения пределов конституционно-правового контроля в области права ЕС некоторые суды ссылаются на постановление ЕСПЧ по делу «Босфорус эйруэйз» (*Bosphorus*). Конституционный трибунал Польши, цитируя решение ЕСПЧ, принимает опровержимую презумпцию об эквивалентности стандартов защиты основных прав и свобод Европейского Союза и Конституции Польши и оставляет за собой лишь право принятия решения *ultra vires*. Конституционный суд Чешской Республики ссылается на постановления по делу «Босфорус эйруэйз» (*Bosphorus*) с целью описания и

подкрепления допустимого на данный момент предположения о равноценности защиты основных прав и свобод на уровне ЕС и уровня защиты основных прав и свобод в соответствии с конституционным правом Чехии.

Примеры влияния ссылок на судебную практику Суда ЕС или права, закрепленные в Хартии основных прав, в толковании ЕКПЧ на конституционное судопроизводство встречаются прежде всего в области судебных гарантий.

е) Присоединение ЕС к ЕКПЧ и конституционное правосудие

В нескольких национальных докладах предусмотренное присоединение Европейского Союза к Европейской конвенции по правам человека рассматривается как важный этап, способствующий укреплению взаимодействия на всех уровнях юстиции. В некоторых национальных докладах высказывается предположение о том, что конституционное правосудие окажет влияние на взаимоотношения между Судом ЕС и ЕСПЧ после присоединения Европейского Союза к ЕКПЧ.

В центре внимания находится вопрос о воздействии конституционно-правового оформления механизма правовой защиты на европейском уровне после присоединения ЕС к ЕКПЧ. В частности, следует задаться вопросом о том, каковы будут последствия для конституционных судов, если решения Суда ЕС будут подвергаться контролю со стороны Страсбургского Суда.

Возникают, в частности, вопросы, касающиеся внутригосударственного действия т. н. «механизма соответчика» (*co-respondent mechanism*). Неясно также и то, каким образом будет осуществляться предварительная оценка Судом ЕС в соответствии со ст. 3 (VI) проекта договора о присоединении, согласно праву ЕС.

ф) Дивергенции и конвергенции

Следующий аспект, который следует изучить в рамках темы Конгресса, касается влияния разногласий в решениях европейских судов на судебную практику конституционных судов. Многочисленные суды не усматривают какого-либо влияния разногласий в судебной практике Суда ЕС и ЕСПЧ, указывая на то, что Евросоюз еще даже не присоединился к ЕКПЧ. Другие суды предполагают, что последствия для конституционных судов будут отсутствовать или сведены до минимума.

г) Преюдициальная процедура

Наиболее сильным инструментом для взаимодействия является ст. 267 ДФЕС, в которой содержится рекомендация для национального суда, при определенных обстоятельствах, о разделении труда с Судом ЕС. В частности, преюдициальная процедура предоставляет конституционным судам возможность сотрудничества в

рамках диалога с Судом ЕС. Преюдициальный запрос в Суд ЕС, однако, никоим образом не противоречит роли конституционных судов.

Несмотря на вышесказанное, все остальные суды соответствующего государства вправе обратиться в Суд Европейского Союза и представить, согласно ст. 267 ДФЕС, на рассмотрение в преюдициальном порядке вопросы, касающиеся толкования Договоров, а также действительности и толкования действий органов, учреждений и прочих подразделений ЕС, если суд считает, что предварительное постановление необходимо для вынесения собственного решения. Ни разделение полномочий между административным и конституционным правосудием при проверке законности административных и судебных решений, ни средоточие нормоконтроля в руках конституционного суда не противоречат таким обращениям.

Конституционный *нормоконтроль* и преюдициальные запросы в Суд ЕС могут сосуществовать. Как установил Суд ЕС в рамках процедуры *question préliminaire de constitutionnalité*, в связи с проверкой конституционности закона во Французской Республике по внедрению директивы ЕС, ст. 267 ДФЕС не противоречит промежуточной процедуре конституционного контроля законов, если другие суды – стороны процесса имеют право в любое время (даже после завершения промежуточной процедуры) направить преюдициальный запрос по любому вопросу, который они считают необходимым, принять любую необходимую меру по предоставлению предварительной судебной защиты, а по окончании промежуточной процедуры – оставить без применения меру, которую они сочтут противоречащей праву ЕС. Однако важно то, чтобы Суд Европейского Союза не лишался возможности осуществлять проверку вторичного права на его соответствие первичному праву и Хартии, приравненной к рангу Договоров.

Из отдельных национальных докладов следует, что некоторые суды рассматривают диалог между Судом ЕС и ЕСПЧ в качестве возможности достичь повышения правовой определенности путем единообразных решений. По их мнению, благодаря частым контактам национальных и европейских судов между собой происходит взаимное влияние друг на друга, что, в свою очередь, обуславливает единый подход в защите основных прав и свобод в Европе; это, в конечном итоге, ведет к гармонизации судебной практики по центральным вопросам основных прав и свобод. Так, косвенное влияние национальных конституционных судов на европейском уровне может быть усмотрено и в том, что бывшие национальные судьи приносят свой опыт в европейские суды, вследствие чего национальные концепции находят свое отражение в судебной практике европейских судов. Таким образом, следование решениям ЕСПЧ конституционными судами может непосредственно повлечь за собой то, что Суд ЕС будет склонен принять аргументацию ЕСПЧ.

Maria BERGER¹
Juge à la Cour de justice de l'Union européenne

En complément de la « fonction de liaison » mise en exergue par le Professeur Grabenwarter, laquelle se scinde en une « fonction de traduction » et une « fonction de légitimation » des Cours constitutionnelles, il nous faut également attirer l'attention sur une « fonction de complémentarité » qui échoit à toutes les juridictions membres de l'association des Cours constitutionnelles européennes. L'objet du débat n'est pas seulement de trouver une approche coopérative face aux éventuels chevauchements de compétence (conflits de compétence positifs) mais aussi de thématiser la mesure dans laquelle il est possible d'éviter les conflits de compétence négatifs. Cette nécessité se déduit du droit de l'Union et elle est en partie liée à des aspects traditionnels, en partie à des évolutions plus récentes.

Parmi les aspects traditionnels, il faut mentionner le fait que la CJUE n'a pas compétence pour statuer sur la validité du droit primaire de l'Union et ne dispose que d'une compétence extrêmement limitée pour examiner les actes de droit dérivé en matière de politique étrangère et de sécurité commune (articles 19 premier alinéa et 24 premier alinéa TUE). Avec l'adhésion prévue de l'Union européenne à la CEDH, la Cour de Strasbourg pourrait se voir confier la mission consistant à combler ces lacunes du contrôle juridictionnel, pas dans un sens de vérification de la légalité certes, mais plutôt d'examen de conformité avec la Convention.

Parmi les évolutions récentes, on citera entre autres les formes d'action émanant de la lutte contre la crise financière et de la dette. Ces actions se placent en partie en dehors du droit de l'Union. C'est ainsi que la CJUE a déjà constaté que le Traité instituant le mécanisme européen de stabilité (MES) en tant que tel ne relevait pas du droit européen (*Pringle*, C-370/12, arrêt du 27.11. 2012). L'article 273 TFUE stipule que la CJUE fait office d'instance d'arbitrage pour statuer sur certains différends découlant du Traité instituant le MES. Cela ne règle toutefois pas la question de la protection juridique contre des mesures décidées par les États membres, par exemple en réponse aux aides financières provenant du MES. Il sera alors impossible d'affirmer que ces mesures ont été prises pour la « mise en œuvre du droit de l'Union » au sens de l'article 51 premier alinéa de la Charte des droits fondamentaux. Ces mesures n'étant ainsi pas soumises à un contrôle du respect des droits fondamentaux, la CJUE n'est pas compétente pour en vérifier la proportionnalité ou l'objectivité. Il en va de même pour les mesures décidées par les États membres suite à des recommandations

¹ Ces propos n'engagent que leur auteure et ne reflètent aucunement la position de la CJUE.

d'ordre budgétaire émises par des organes de l'Union (voir par ex. *Sindicato dos Bancários do Norte*, C-128/12, décision du 7.3.2013). Avec cette configuration, c'est surtout aux juridictions constitutionnelles qu'il reviendra de veiller à ce que cette « fuite devant le droit de l'Union » ne se transforme pas en une fuite devant le droit lui-même. On peut aussi se demander si une certaine forme de « retenue judiciaire» (*judicial self restraint*) ne s'imposerait pas pour ces questions. Il faut par ailleurs attirer l'attention sur le fait que les organes de l'Union sont tenus de se conformer à la Charte des droits fondamentaux même s'ils n'agissent pas pour la mise en œuvre du droit de l'Union (art. 51 al. 1 CDFUE).

La proposition de la Commission pour la création d'un Parquet européen [COM (2013) 534 final] est un autre exemple de « fuite devant le droit ». Son article 36 prévoit que les actes pris par le Parquet européen soient à considérer comme des décisions nationales aux fins du contrôle juridictionnel. De cette façon, sont exclues du contrôle de légalité des décisions prises par une institution de l'Union et produisant des effets juridiques à l'égard de tiers, décisions dont la légalité devrait en fait être examinée au titre de l'article 263 TFUE. En même temps, les juridictions nationales ne disposent pas de la compétence requise pour invalider des décisions prises par des organes de l'Union.

Maria BERGER¹
Judge at the Court of Justice of the European Union

Besides the “intermediary function” underlined by Professor Grabenwarter, which finds its specific expression in a “translation function” and a “legitimizing function” of constitutional courts, reference should also be made to a “completing function” fulfilled by all courts belonging to the network of European constitutional courts. The discussion should not only focus on cooperative approaches to potential overlaps in jurisdiction (positive conflicts of jurisdiction), but also consider ways and means of avoiding negative conflicts of jurisdiction. From the viewpoint of Union law, the need for the latter arises partly on account of circumstances rooted in tradition, and partly on account of more recent developments.

Traditionally, the ECJ has never had the power to review the validity of the primary law of the Union, and as regards acts of secondary law in the field of the Common Foreign and Security Policy, the Court’s review powers are extremely limited (Art.19 para.1 and Art.24 para.1 of the Treaty on European Union). In view of the planned accession of the Union to the ECHR, the ECtHR may in future assume the task of closing these gaps in the area of judicial review, even though this role would not consist in a review of validity, but a review of conformity with the Convention.

Among the more recent developments, we have seen modes of action emerge in the context of the debt and financial crisis that should be mentioned here. To a certain extent, these modes of action are outside the framework of Union law. With regard to the ESM Treaty, for instance, the ECJ has already ruled that the Treaty as such is not governed by Union law (*Pringle*, C-370/12, ruling of 27 November 2012). Certain disputes arising from the ESM Treaty can be submitted to the ECJ pursuant to Art.273 of the TFEU. However, the judicial review of measures taken by the Member States in response to financial assistance received from the ESM remains an open issue. It will not be possible to argue that such measures are being taken in “implementing Union law”, as provided for in Art.51 para.1 of the Charter of Fundamental Rights. Hence, they are not subject to review of conformity with fundamental rights, nor to a review of facts and a proportionality review by the ECJ. Similarly, this also applies to measures by Member States taken on the basis of budget-policy recommendations issued by Union institutions (e.g. *Sindicato dos Bancários de Norte*, C-128/12, decision of 7 March 2013). In constellations such as these, it will be primarily up to the national constitutional courts to ensure that an “escape from Union law” is not turned into an “escape from the law” altogether. Another issue arising in this context is the need for

¹ The views set out in this contribution are those of the author and do not necessarily reflect the official opinion of the CJEU.

“judicial self-restraint”. Moreover, it should be borne in mind that the Fundamental Rights Charter applies to EU institutions even if they are not implementing Union law (Art.51 para.1 of the Fundamental Rights Charter).

The Commission’s proposal for a Regulation on the Establishment of the European Public Prosecutor’s Office (COM (2013) 534 final) is another example of an “escape from the law”. According to Art.36 of the proposed Regulation, the European Public Prosecutor’s Office is to be considered as a national authority for the purpose of judicial review. Thus, decisions taken by a Union institution with third-party effects, which pursuant to Art.263 of the TFEU would be subject to a review of validity by the ECJ, are excluded from such review of validity. At the same time, the national courts do not have the power to declare decisions by Union institutions null and void.

Dr. Maria BERGER¹
Richterin am Gerichtshof der Europäischen Union

Zusätzlich zu der von Prof. Grabenwarter hervorgehobenen „Verbindungsfunktion“, die sich in einer „Übersetzungsfunktion“ und in einer „Legitimationsfunktion“ der Verfassungsgerichte konkretisieren, ist auch auf eine „Komplettierungsfunktion“ aller am Verbund der Europäischen Verfassungsgerichte beteiligten Gerichte hinzuweisen. Gegenstand der Debatte sollte es nicht nur sein, wie eine kooperative Herangehensweise bei allfälligen Zuständigkeitsüberschneidungen (positive Kompetenzkonflikte) gefunden werden kann, sondern es sollte auch thematisiert werden, inwiefern negative Kompetenzkonflikte vermieden werden können. Diese Notwendigkeit ergibt sich aus der Sicht des Unionsrechts zum Teil aus traditionellen Gegebenheiten, zum Teil aufgrund neuerer Entwicklungen.

Zu den traditionellen Gegebenheiten wäre der Umstand zu rechnen, dass der EuGH keine Befugnis besitzt, die Gültigkeit des Primärrechts der Union zu prüfen und auch für Sekundärrechtsakte im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik eine nur sehr eingeschränkte Prüfbefugnis besitzt (Art 19 Abs 1 und 24 Abs 1 EUV). Hier könnte aufgrund des geplanten Beitritts der Union zur EMRK in Zukunft dem EGMR die Rolle zukommen, diese Lücken im Bereich der gerichtlichen Kontrolle zu schließen, wenn auch nicht im Sinne einer Gültigkeitskontrolle sondern im Sinne einer Prüfung der Konventionskonformität.

Als neuere Entwicklungen sind ua jene Handlungsformen zu sehen, die sich im Rahmen der Bewältigung der Schulden- und Finanzkrise herausgebildet haben. Diese Handlungsformen befinden sich teilweise außerhalb des Unionsrechts. So hat der EuGH in Bezug auf den ESM-Vertrag bereits festgestellt, dass dieser als solcher nicht unter das Unionsrecht fällt (*Pringle*, C-370/12, Urteil vom 27.11. 2012). Für gewisse Streitigkeiten aus dem ESM-Vertrag wurde der EuGH gemäß Art 273 AEUV als Schiedsinstanz eingesetzt. Offen bleibt aber der Rechtsschutz gegen Maßnahmen, die zB die Mitgliedstaaten im Gegenzug zu Finanzhilfen aus dem ESM treffen. Man wird dann nicht davon sprechen können, dass die Maßnahmen in „Durchführung des Rechts der Union“ im Sinne des Art 51 Abs 1 der Grundrechte-Charta getroffen wurden. Sie unterliegen daher nicht der Grundrechtskontrolle und daher auch nicht der Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitskontrolle durch den EuGH. Ähnliches gilt für mitgliedstaatliche Maßnahmen, die aufgrund haushaltspolitischer Empfehlungen von Unionsorganen getroffen wurden (s zB *Sindicato dos Bancários do Norte*, C-128/12, Beschluss v 7.3.2013). In diesen Konstellationen werden es vor allem die nationalen

¹ Die geäußerten Ansichten sind ausschließlich der Autorin und keinesfalls dem EuGH zuzurechnen.

Verfassungsgerichte sein müssen, die darüber wachen, dass die „Flucht aus dem Unionsrecht“ nicht zur Flucht aus dem Recht überhaupt wird. Eine andere Frage ist, ob bei diesen Fragen nicht ein besonderer „*judicial self restraint*“ angebracht ist. Hinzuweisen ist auch darauf, dass für Unionsorgane die Grundrechte-Charta auch dann gilt, wenn sie nicht in Durchführung des Unionsrechts handeln (Art 51 Abs 1 GRC).

Als weiteres Beispiel für eine „Flucht aus dem Recht“ kann der Entwurf der Kommission für die Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft [COM (2013) 534 final] genannt werden. Dieser sieht in seinem Art 36 vor, dass Entscheidungen der Europäischen Staatsanwaltschaft, im Hinblick auf den Rechtsschutz als nationale Entscheidungen gelten. Damit werden Entscheidungen einer Unionseinrichtung mit Rechtswirkungen für Dritte, die an sich gem Art 263 AEUV der Gültigkeitskontrolle durch den EuGH unterliegen, dieser Gültigkeitskontrolle entzogen. Gleichzeitig verfügen die nationalen Gerichte nicht über die Befugnis, Entscheidungen von Unionsorganen als ungültig zu erklären.

Д-р наук Мария БЕРГЕР¹
Судья в Суде Европейского Союза

В дополнение к подчеркнутой проф. Грабенвартером «связующей функции», которая находит свое конкретное выражение в «функции перевода» и «функции легитимации» конституционных судов, следует указать и на «дополняющую функцию» всех судов, являющихся участниками объединения европейских конституционных судов. Предметом дискуссии должно быть не только то, каким образом можно найти кооперативный подход при наличии нескольких потенциально компетентных органов (позитивные конфликты компетенций), но и необходимо тематизировать то, в какой мере возможно избежание негативных конфликтов компетенций. Эта необходимость вытекает, с точки зрения права Европейского Союза, отчасти из традиционных условий, отчасти из новых тенденций развития.

К традиционным условиям следует отнести то обстоятельство, что Европейский суд не обладает полномочием проверки действительности первичного права Европейского Союза, и в области общей внешней политики и политики безопасности его полномочие проверки также весьма ограничено (п. 1 ст. 19 и п. 1 ст. 24 Договора о Европейском Союзе). Ввиду планируемого присоединения Евросоюза к ЕКПЧ в будущем здесь определенную роль может сыграть ЕСПЧ, заполняя пробелы в области судебного контроля, даже не столько с точки зрения контроля действительности, сколько с точки зрения проверки соответствия Конвенции.

В качестве новых тенденций развития следует, среди прочего, рассматривать те формы деятельности, которые сформировались в рамках преодоления последствий долгового и финансового кризиса. Эти формы деятельности отчасти выходят за пределы права ЕС. Так, Европейский суд уже констатировал в отношении договора о создании Европейского стабилизационного фонда ESM, что он как таковой не подпадает под право ЕС (*Pringle*, C-370/12, решение от 27.11.2012 г.). Для некоторых споров, вытекающих из договора ESM, в качестве арбитражного суда, согласно ст. 273 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС), был задействован Европейский суд. Однако доступ к правовой защите против мер, принимаемыми государствами-членами, например, в ответ на меры по финансовой помощи из фонда ESM, остается по-прежнему открытым. Здесь нельзя будет говорить о том, что дело касается мер по «выполнению права Евросоюза» в понимании ст. 51 (1) Хартии об основных правах, поэтому они не подлежат контролю за соблюдением основных прав, а значит и контролю за соблюдением принципов предметности и соразмерности,

¹ Высказываемые точки зрения следует приписывать исключительно автору и ни в коем случае не Суду Европейского Союза.

осуществляемому Европейским судом. Аналогичные высказывания относятся и к мерам стран-членов, которые были приняты на основании бюджетно-политических рекомендаций органов Евросоюза (см., например, *Sindicato dos Bancários do Norte*, C-128/12, постановление от 7.3.2013 г.). В этих ситуациях, в первую очередь, национальные конституционные суды будут призваны следить за тем, чтобы «бегство от права ЕС» не превратилось в «бегство от права» вообще. Другой вопрос – не уместно ли в этих вопросах особое «судебное самоограничение» (*judicial self restraint*). Следует указать и на то, что Хартия об основных правах действует для органов ЕС и в том случае, если их деятельность не относится к выполнению права ЕС (ст. 51 (1) Хартии).

В качестве еще одного примера «бегства от права» следует упомянуть проект Комиссии по учреждению Европейской прокуратуры [COM (2013) 534 final]. В статье 36 он предусматривает, что решения Европейской прокуратуры с точки зрения правовой защиты должны считаться национальными решениями. Таким образом, решения определенного органа ЕС, распространяющие свое действие на третьих лиц, которые, в сущности, согласно статье 263 ДФЕС подлежат контролю действительности правовых актов Европейского суда, лишаются этого контроля. В то же время национальные суды не наделены полномочием объявления решений органов Европейского Союза недействительными.

Marzell BECK
Président du Tribunal d'État de la Principauté du Liechtenstein

Je vous remercie de l'honneur que vous me faites en m'autorisant à présenter une contribution à la discussion du rapport général du professeur Grabenwarter dans l'optique du Tribunal d'État de la Principauté du Liechtenstein.

1. Les caractéristiques particulières du Tribunal d'État

Permettez-moi de commencer en faisant quelques observations relatives aux particularités organisationnelles du Tribunal d'État qui sont liées au sujet de notre Congrès.

Bien que ni la Constitution ni la loi sur le Tribunal d'État ne l'impose, il est de tradition que parmi les cinq membres ordinaires du Tribunal d'État il y ait toujours un juge venant d'Autriche et un autre de Suisse. La même coutume vaut pour les cinq membres suppléants du Tribunal d'État parmi lesquels il y a également un juge de chacun de ces deux pays.

Il est vrai que notre Constitution n'a pas prescrit cette constellation particulière, et pourtant elle l'a anticipée. En effet, dans son article 105 elle prévoit que le Président du Tribunal d'État et la majorité des juges doivent être des citoyens du Liechtenstein ; cette règle s'explique d'une part par l'histoire, mais elle revêt d'autre part sans aucun doute une importance relative à la souveraineté du pays.

Cette structure particulière du Tribunal d'État qui est due d'un côté à la faible surface de notre pays (les 161 km² de notre pays sont habités par environ 37.000 personnes dont environ 23.000 sont de nationalité liechtensteinoise) ; d'un autre côté, une grande partie de l'ordre juridique du Liechtenstein est calquée sur celui de l'Autriche et de la Suisse, ce qui est reflété dans les ouvrages relatifs au droit public. C'est ainsi que le professeur allemand Peter Häberle a loué comme exemplaire pour l'Europe le fait que des non-ressortissants du Liechtenstein siègent au Tribunal d'État.

Dans ce contexte, je ne souhaite pas commenter l'opinion du professeur Häberle, mais plutôt établir le lien avec le thème de notre Congrès : Il va de soi que les juges autrichiens et suisses exercent une influence sur la jurisprudence du Tribunal d'État dans l'esprit des cultures juridiques différentes dont ils sont originaires. À cela s'ajoute que, d'après la jurisprudence constante du Tribunal d'État, la réception du droit autrichien ou suisse doit avoir comme conséquence que ce droit soit appliqué et interprété comme dans le pays de réception, c'est-à-dire dans le sens de la jurisprudence et de la doctrine prévalant dans le pays de réception.

Le Tribunal d'État peut être saisi pour violation de droits fondamentaux et se prononcer sur n'importe quelle décision rendue par une juridiction de dernière instance ou closant une procédure administrative ; ainsi a-t-il toujours été confronté à ce qu'on pourrait appeler une jurisprudence « étrangère ». D'autre part, le Tribunal d'État se réfère régulièrement dans sa jurisprudence, qui a souvent recours au droit comparé, non seulement à des arrêts de la Cour constitutionnelle autrichienne et du Tribunal fédéral suisse, mais aussi à ceux de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne.

En raison de cette ouverture du Tribunal d'État vis-à-vis de la jurisprudence et de la pratique judiciaire des pays voisins – ouverture qu'on pourrait qualifier de structurelle – franchir le pas, c'est-à-dire s'ouvrir également à la jurisprudence des Cours suprêmes européennes – constituait pour nous peut-être un pas moins important que pour d'autres Cours constitutionnelles.

2. Observations relatives à l'ordre juridique du Liechtenstein

Ces rapports mutuels historiques que le Liechtenstein entretient avec les États voisins a fait que le concept de souveraineté y ait été relativisé plus tôt que dans certains autres États : pour pouvoir survivre comme État souverain, le Liechtenstein a dû accepter très tôt dans l'histoire certaines limitations de sa souveraineté.

En dehors des liens toujours étroits qui existent avec le droit des États voisins, l'ordre juridique du Liechtenstein est aujourd'hui lié de diverses manières au droit européen : Non seulement le Liechtenstein a-t-il adhéré en 1982 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et en 1995 à l'Espace économique européen (EEE), mais encore s'est-il engagé à appliquer les acquis de Schengen et de Dublin. En ce qui concerne les effets du droit européen dans l'ordre juridique du Liechtenstein, ils ne se distinguent plus guère de ceux qu'ils déploient dans les États membres de l'Union européenne.

Par conséquent, le Tribunal d'État est souvent amené à examiner des dossiers concernant le droit européen ou le droit du Liechtenstein résultant de la transposition du droit européen.

3. Le rôle spécifique de la CEDH et de la CourEDH

Il est vrai que le Liechtenstein a adhéré relativement tard, à savoir en 1982, à la CEDH. Cependant la CEDH, qui avait déjà été prise en compte par le Tribunal d'État en amont de l'adhésion lors de l'interprétation et de la concrétisation du catalogue des droits fondamentaux liechtensteinois, a été élevée de fait par la jurisprudence du Tribunal d'État

au rang de la Constitution. Il n'est donc pas étonnant que la jurisprudence de la CourEDH ait joué et continue de jouer un rôle particulier dans la jurisprudence du Tribunal d'État.

En effet, le Tribunal d'État interprète les droits fondamentaux garantis au Liechtenstein à la lumière des règles comparables de la CEDH, en se référant souvent explicitement à la jurisprudence de la CourEDH. Comme le Liechtenstein n'abandonne pas pour autant les garanties plus étendues prévues dans le catalogue des droits fondamentaux du pays, la CEDH garantit, comme cela est exprimé dans son article 53, un niveau minimum de protection des droits fondamentaux, alors que celui est dépassé dans un grand nombre de cas par le catalogue des droits fondamentaux du Liechtenstein. C'est ainsi que s'instaure un dialogue entre les différents niveaux des droits fondamentaux qui conduit à une convergence de la protection des droits fondamentaux sans que des standards acquis soient pour autant abandonnés. Cependant, comme la jurisprudence de la CourEDH évolue également, ce processus n'est jamais complètement achevé et il donne lieu, de temps en temps, à certaines « surprises ».

4. Cour de justice de l'Union européenne et Cour de justice de l'Association européenne de libre-échange (AELE)

Dans la mesure où il est amené à appliquer le droit européen, le Tribunal d'État prend également en compte la jurisprudence de la CJUE et de la Cour AELE.

En ce qui concerne la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDF), elle n'est applicable qu'à l'intérieur de l'Union européenne et n'a pas d'effet juridique direct dans les pays de l'EEE. Néanmoins il n'est pas exclu que la CDF déploiera un « effet de rayonnement » sur la jurisprudence du Tribunal d'État. Dans ce contexte, la jurisprudence future de la Cour AELE jouera également un rôle. Pour ne citer qu'un exemple intéressant, je mentionnerai la jurisprudence de la CJUE au sujet de l'article 47 de la CDF en rapport avec l'aide juridictionnelle pour les personnes morales qui va plus loin que la jurisprudence passée de la CourEDH en la matière.

5. Conclusions

En résumé on peut dire que le Tribunal d'État est ouvert à la jurisprudence des Cours suprêmes européennes et aussi à celle des Cours Constitutionnelles des pays germanophones, sans que les particularités de l'ordre juridique du Liechtenstein en soient pour autant négligées. C'est d'ailleurs en fin de compte tout l'enjeu de la coopération des Cours suprêmes européennes en général. La convergence de la protection des droits fondamentaux ne devra pas conduire à une interprétation uniforme dans toute l'Europe, détachée des garanties nationales de protection des droits fondamentaux. Les législateurs

constitutionnels nationaux doivent pouvoir continuer de développer leurs catalogues des droits fondamentaux respectifs, sans être limités par les Cours suprêmes européennes. Les Cours constitutionnelles sont cependant appelées à se montrer ouvertes et prêtes à apprendre les unes des autres.

Marzell BECK
President of the State Court of the Principality of Liechtenstein

Thank you for granting me the privilege of contributing to the discussion of the General Report presented by the General Rapporteur, Professor Grabenwarter, from the viewpoint of the State Court of the Principality of Liechtenstein.

1. The special features of the State Court

Permit me to preface my statement by a few remarks on the special organizational features of the State Court, as they relate to the theme of our Congress.

As a rule, among the five regular members of the State Court there is one judge from Austria and one from Switzerland, even though this is required neither by the Constitution nor by the State Court Act. The same applies to the five substitute members of the State Court, with one judge each coming from these two countries.

This special constellation, although not provided for on a mandatory basis, has nevertheless been anticipated by our Constitution. In its Article 105, the Constitution states that the President of the State Court and the majority of the judges must have Liechtenstein citizenship, a provision which, on the one hand, is rooted in history and, on the other hand, certainly reflects considerations relating to the sovereignty of the country.

This special organizational structure of the State Court, which derives not only from the small size of our country (a territory of 161 km² with approx. 37,000 inhabitants, among them 23,000 Liechtenstein nationals), but also from the fact that Liechtenstein has taken over large parts of the legal systems of Austria and Switzerland, has not gone unnoticed in the literature on constitutional law. According to Peter Häberle, the German legal scholar specializing in constitutional law, the State Court with its non-Liechtenstein members can even be taken as a model case for Europe.

I do not intend to comment on Häberle's opinion, but would rather look at the issue from the angle of our Congress theme: It goes without saying that the judges from Austria and Switzerland influence the jurisprudence of the State Court along the lines of the legal cultures they come from. Moreover, as the jurisprudence of the State Court of Liechtenstein shows, the law taken over from Austria and Switzerland is applied and interpreted in line with the jurisprudence and the prevailing doctrine of the country of reception.

As petitions claiming violations of fundamental rights can be filed with the State Court against any last-instance and final decision by a court of law or a public authority, the State

Court has always been confronted with what we might call “foreign” jurisprudence. At the same time, the State Court in its jurisprudence, which tends to take a comparative approach, frequently refers to judgments not only of the Austrian Constitutional Court and the Swiss Federal Supreme Court, but also the German Federal Constitutional Court.

Given this openness – structural in nature, if you like – of the State Court to the jurisprudence of the neighbouring countries and their application of the law, following the jurisprudence of the highest European courts has been a less momentous move for us than for other constitutional courts.

2. Comments on the legal system of Liechtenstein

On account of this history of interaction with the law of our neighbouring countries, the concept of sovereignty was put into perspective in Liechtenstein earlier than in other states. It was for the sake of Liechtenstein’s survival as a sovereign state that certain limits to our sovereignty had to be accepted at an early point in time.

Besides our close connections with the law of our neighbouring states, Liechtenstein’s legal system interacts with European law in many ways: Liechtenstein not only acceded to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) in 1982 and to the European Economic Area (EEA) in 1995, but also applies the Schengen and Dublin *acquis*. As regards the applicability of European law, the legal system of Liechtenstein hardly differs from that of the Member States of the European Union.

Consequently, the State Court is frequently confronted with European law or Liechtenstein law that has evolved in the course of implementation of European law.

3. The special role of the ECHR and the ECtHR

Liechtenstein acceded to the ECHR relatively late, i.e. in 1982. The ECHR, which had already been taken into consideration by the State Court in its interpretation and specification of the Liechtenstein catalogue of fundamental rights prior to accession, *de facto* obtained the rank of a constitutional law through the jurisprudence of the State Court. Hence, it is not surprising that ECtHR case law has always played a particularly important role in the jurisprudence of the State Court.

As a matter of fact, the State Court interprets the fundamental rights guaranteed in Liechtenstein in light of comparable provisions of the ECHR, with frequent explicit references to the case law of the ECtHR. As the more comprehensive guarantees enshrined in the Liechtenstein catalogue of fundamental rights have never been given up, the ECHR guarantees a minimum standard for the protection of fundamental rights, as laid down in its Article 53,

which is surpassed by the Liechtenstein catalogue of fundamental rights in many instances. Thus, a dialogue between different strata of fundamental rights leads to convergence in the protection of such rights without earlier standards being given up. Given the continuous evolution of the jurisprudence of the ECtHR, this process will never be completed and “surprises” may occur now and then.

4. The Court of Justice of the European Union and EFTA Court

When applying European law, the State Court also considers the jurisprudence of the ECJ and the EFTA Court.

As regards the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR), it applies only within the European Union and has no direct legal effect in the EEA. However, a “radiating effect” of the CFR on the jurisprudence of the State Court cannot be excluded. The future jurisprudence of the EFTA Court will have a role to play in this context. An example of particular interest is the jurisprudence of the ECJ on Article 47 CFR in connection with the right to legal aid for legal persons, which goes beyond the case law of the ECtHR.

5. Concluding remarks

Generally speaking, the State Court is open to the jurisprudence of the highest European Courts as well as the Constitutional Courts of the German-speaking countries, without neglecting the specificities of the Liechtenstein legal system. Ultimately, this is the challenge to be addressed in co-operating with the two European Courts. Convergence in the protection of fundamental rights should not and must not result in a uniform European interpretation dissociated from the national guarantees of fundamental rights. National constitutional legislators should be allowed to further develop their catalogues of fundamental rights without being restricted by the European Courts. At the same time, however, constitutional courts are called upon to take an attitude of openness and to engage in a process of mutual learning.

Marzell BECK
Präsident des Staatsgerichtshofes des Fürstentums Liechtenstein

Ich bedanke mich für die Ehre, zur Diskussion des Generalberichtes von Herrn Prof. DDr. Grabenwarter einen Beitrag aus Sicht des Staatsgerichtshofes des Fürstentums Liechtenstein leisten zu dürfen.

1. Die Besonderheiten des Staatsgerichtshofes

Erlauben Sie mir, dass ich mit einigen Bemerkungen zu den organisatorischen Besonderheiten des Staatsgerichtshofes beginne. Ich mache sie, weil sie mit dem Tagungsthema zusammenhängen.

Auch wenn es weder durch die Verfassung noch durch das Staatsgerichtshofgesetz zwingend vorgegeben ist, so ist es üblich, dass unter den fünf ordentlichen Mitgliedern des Staatsgerichtshofes jeweils ein Richter aus Österreich und der Schweiz tätig ist. Gleiches gilt für die fünf Ersatzmitglieder des Staatsgerichtshofes, wovon ebenfalls jeweils ein Richter aus diesen beiden Ländern stammt.

Unsere Verfassung hat diese besondere Konstellation zwar nicht angeordnet, aber sie zumindest vorweg genommen. Sie bestimmt nämlich in Art. 105, dass der Präsident des Staatsgerichtshofes und die Mehrheit der Richter das liechtensteinische Landesbürgerrecht besitzen müssen; eine Regelung, die einerseits historisch begründet ist und andererseits zweifellos auch souveränitätspolitische Bedeutung hat.

Diese besondere Organisationsform des Staatsgerichtshofes, die einerseits mit der Kleinheit unseres Landes (unser 161 km² großes Land weist ca. 37.000 Einwohner, darunter etwa 23.000 liechtensteinische Staatsangehörige auf), und andererseits auch damit zusammenhängt, dass Liechtenstein große Teile seiner Rechtsordnung aus Österreich und der Schweiz rezipiert hat, ist in der staatsrechtlichen Literatur nicht unbeachtet geblieben. So hat der deutsche Staatsrechtslehrer Peter Häberle den Umstand, dass Nicht-Liechtensteiner im Staatsgerichtshof mitwirken, als geradezu vorbildlich für Europa gelobt.

Ich möchte an dieser Stelle die Meinung Häberles nicht weiter kommentieren, sondern den Zusammenhang mit dem Tagungsthema herstellen: Die Richter aus Österreich und der Schweiz beeinflussen selbstverständlich die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes im Sinne der durchaus verschiedenen Rechtskulturen, denen sie entstammen. Dazu kommt, dass das aus Österreich und der Schweiz rezipierte Recht nach der ständigen Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes in Liechtenstein grundsätzlich gleich anzuwenden und auszulegen ist wie

im Rezeptionsland, d. h. im Sinne der im Rezeptionsland geübten Judikatur und herrschenden Lehre.

Da der Staatsgerichtshof gegen jede letztinstanzliche und ein Verfahren abschließende Entscheidung eines Gerichtes oder einer Behörde wegen der Verletzung von Grundrechten angerufen werden kann, war der Staatsgerichtshof seit jeher mit, wenn man so sagen will, „fremder“ Judikatur konfrontiert. Daneben bezieht sich der Staatsgerichtshof in seiner Rechtsprechung, die immer wieder rechtsvergleichend arbeitet, nicht nur häufig auf Urteile des österreichischen Verfassungsgerichtshofes und des schweizerischen Bundesgerichts, sondern auch des deutschen Bundesverfassungsgerichts.

Es war angesichts dieser – man könnte sagen: strukturellen – Offenheit des Staatsgerichtshofes gegenüber der Rechtsprechung und Rechtsanwendung der Nachbarstaaten für uns im Vergleich zu anderen Verfassungsgerichten vielleicht ein weniger großer Schritt, sich auch der Rechtsprechung der europäischen Höchstgerichte zu öffnen.

2. Bemerkungen zur Rechtsordnung Liechtensteins

Die historische Verflechtung Liechtensteins mit dem Recht seiner Nachbarstaaten hat bewirkt, dass der Begriff der Souveränität in Liechtenstein früher als in manchen anderen Staaten relativiert wurde: Liechtenstein musste, gerade um als souveräner Staat überleben zu können, schon frühzeitig manche Einschränkungen seiner Souveränität hinnehmen.

Neben der weiterhin engen Anbindung an das Recht unserer Nachbarstaaten ist die Rechtsordnung Liechtensteins heute in vielfältiger Weise mit dem europäischen Recht verflochten: Liechtenstein ist nicht nur seit 1982 Mitglied der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und seit 1995 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), sondern hat auch den Schengen- und Dublin-Besitzstand anzuwenden. Die liechtensteinische Rechtsordnung unterscheidet sich, was die Geltung europäischen Rechts betrifft, inhaltlich kaum noch von derjenigen der Mitglieder der Europäischen Union.

Folglich hat sich der Staatsgerichtshof in vielen Fällen mit europäischem Recht oder liechtensteinischem Recht, das in der Umsetzung von europäischem Recht entstanden ist, auseinander zu setzen.

3. Die besondere Rolle der EMRK und des EGMR

Liechtenstein ist zwar verhältnismäßig spät, nämlich 1982, der EMRK beigetreten. Die EMRK, die vom Staatsgerichtshof allerdings bereits im Vorfeld des Beitritts bei der Interpretation und der Konkretisierung des liechtensteinischen Grundrechtskataloges berücksichtigt wurde,

erlangte durch die Judikatur des Staatsgerichtshofes faktischen Verfassungsrang. Es verwundert daher nicht, dass die Rechtsprechung des EGMR in der Judikatur des Staatsgerichtshofes eine besondere Rolle spielte und nach wie vor spielt.

Der Staatsgerichtshof interpretiert nämlich die liechtensteinischen Grundrechte im Lichte der vergleichbaren Regelungen der EMRK, wobei er häufig explizit auf die Rechtsprechung des EGMR Bezug nimmt. Dadurch, dass weiter reichende Garantien des liechtensteinischen Grundrechtskataloges nicht aufgegeben werden, gewährleistet die EMRK, wie dies auch in ihrem Art. 53 zum Ausdruck gelangt, einen Mindeststandard des Grundrechtsschutzes, der in vielen Fällen durch den liechtensteinischen Grundrechtskatalog überschritten wird. Es kommt somit zu einem Dialog der Grundrechtsebenen, der zu einer Konvergenz des Grundrechtsschutzes führt, ohne dass bereits erreichte Standards aufgegeben werden. Dieser Prozess ist, da sich auch die Rechtsprechung des EGMR weiterentwickelt, allerdings nie völlig abgeschlossen und bietet auch hin und wieder manche „Überraschung“.

4. EuGH und EFTA-Gerichtshof

Der Staatsgerichtshof beachtet, soweit er europäisches Recht anzuwenden hat, auch die Rechtsprechung des EuGH sowie des EFTA-Gerichtshofes.

Was die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta [GRC]) betrifft, so gilt diese lediglich innerhalb der Europäischen Union und entfaltet im EWR keine unmittelbare Rechtswirkung. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die GRC „Ausstrahlungswirkung“ auch auf die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes entfalten wird. Dabei wird auch die künftige Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofes eine Rolle spielen. Von Interesse ist, um nur ein Beispiel zu erwähnen, die Judikatur des EuGH zu Art. 47 GRC im Zusammenhang mit der Verfahrenshilfe für juristische Personen, die über die bisherige Rechtsprechung des EGMR hinausgeht.

5. Abschließende Bemerkungen

Insgesamt kann gesagt werden, dass der Staatsgerichtshof der Rechtsprechung der europäischen Höchstgerichte wie auch der Verfassungsgerichte des deutschsprachigen Raumes offen gegenüber steht, ohne dass dadurch die Eigenheiten der liechtensteinischen Rechtsordnung vernachlässigt werden. Dies ist letztlich auch die Herausforderung der Kooperation der europäischen Höchstgerichte im Allgemeinen. Die Konvergenz des Grundrechtsschutzes soll und darf nicht zu einer von den nationalen Grundrechtsgewährleistungen losgelösten einheitlichen Auslegung in ganz Europa führen. Die nationalen Verfassungsgeber sollen ihre Grundrechtskataloge weiter entwickeln können und dabei nicht durch die europäischen Höchstgerichte eingeschränkt werden. Die Verfassungsgerichte sind allerdings zur Offenheit und zur Bereitschaft wechselseitigen Lernens aufgerufen.

Марсель БЕК
Председатель Государственного суда Княжества Лихтенштейн

Благодарю вас за предоставленную мне честь внести свой вклад в обсуждение генерального доклада, представленного генеральным докладчиком, профессором Грабенвартером, с точки зрения Государственного суда Княжества Лихтенштейн.

1. Характерные особенности Государственного суда

Прежде чем начать свою речь, я хотел бы сделать несколько замечаний о характерных организационных особенностях Государственного суда, так как они относятся к теме нашего Конгресса.

Как правило, среди пяти постоянных членов Государственного суда присутствует один судья из Австрии и один из Швейцарии, хотя это и не предписано ни Конституцией, ни Законом «О Государственном суде». Та же самая традиция – присутствие по одному судье из этих двух стран – относится и к пяти запасным членам Государственного суда.

Это особая расстановка, хотя и не предусмотрена на обязательной основе, была, по меньшей мере, предвосхищена нашей Конституцией. В ст. 105 Конституция гласит, что Председатель Государственного суда и большинство судей должны иметь гражданство Лихтенштейна; это положение, с одной стороны, имеет исторические корни, с другой стороны, определенно отражает соображения, касающиеся суверенитета страны.

Особая организационная структура Государственного суда, которая определяется не только маленьким размером нашей страны (территория площадью 161 квадратный километр с 37 тысячами жителей, среди которых 23 тысячи – граждане Лихтенштейна), но также и тем фактом, что Лихтенштейн в значительной степени перенял правовые системы Австрии и Швейцарии, не прошла незамеченной в литературе по публичному праву. Так, Петер Хеберле, немецкий профессор конституционного права, высоко оценил то обстоятельство, что в Государственном суде есть члены не из Лихтенштейна, и назвал его примером для подражания для всей Европы.

Я не собираюсь комментировать здесь мнение Хеберле, но взглянул бы на вопрос под углом темы нашего Конгресса: совершенно очевидно, что судьи из Австрии и Швейцарии влияют на судебную практику Государственного суда в соответствии с их родной правовой культурой. Более того, как показывает судебная практика Государственного суда Лихтенштейна, право, заимствованное из Австрии или Швейцарии, по общему правилу, подлежит применению и толкованию в соответствии с судебной практикой и превалирующей доктриной принимающей страны.

Поскольку в Государственный суд можно обратиться с жалобой о нарушении основных прав против любого окончательного решения в последней инстанции, вынесенного судом общей юрисдикции или органом государственной власти, Государственный суд всегда сталкивался с тем, что мы могли бы назвать «зарубежной» судебной практикой. В то же время Государственный суд в своей судебной практике, которая склонна применять сравнительный подход, часто ссылается на решения не только Конституционного суда Австрии и Федерального верховного суда Швейцарии, но также и Федерального конституционного суда Германии.

Принимая во внимание открытость – структурную по характеру, если угодно, – Государственного суда по отношению к судебной и правоприменительной практике соседних стран, следование судебной практике высших европейских судов было для нас менее значительным, чем для других конституционных судов, шагом.

2. Замечания относительно правовой системы Лихтенштейна

На основании этой истории взаимодействия с правом соседних стран понятие суверенитета было несколько релятивировано раньше, чем в некоторых других странах. Именно ради выживания Лихтенштейна в качестве суверенного государства в скором времени были приняты определенные ограничения нашего суверенитета.

Кроме нашей тесной связи с правом соседних стран, правовая система Лихтенштейна переплетается с Европейским правом многими способами: Лихтенштейн не только присоединился к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) в 1982 году и к Европейской экономической зоне (ЕЭЗ) в 1995 году, но также обязан применять нормативно-правовую базу Шенгенского и Дублинского соглашений. Касательно применимости Европейского права правовая система Лихтенштейна почти не отличается от правовых систем государств – членов Европейского Союза.

Таким образом, Государственный суд часто сталкивается с Европейским правом и с правом Лихтенштейна, сформировавшимся в ходе внедрения Европейского права.

3. Особая роль ЕКПЧ и ЕСПЧ

Лихтенштейн присоединился к ЕКПЧ относительно недавно, то есть в 1982 году. ЕКПЧ, которая уже принималась во внимание Государственным судом при толковании и детализации каталога основных прав Лихтенштейна еще до присоединения, *de facto* получила ранг конституционного закона через судебную практику Государственного суда. В этом контексте не удивительно, что сложившаяся практика ЕСПЧ всегда играла и играет особо важную роль в судебной практике Государственного суда.

В сущности, Государственный суд толкует основные права, гарантированные в Лихтенштейне, в свете сопоставимых положений ЕКПЧ, с частыми прямыми указаниями на судебную практику ЕСПЧ. Поскольку наиболее полными гарантиями, закрепленными в каталоге основных прав Лихтенштейна, никогда не поступались, ЕКПЧ гарантирует минимальный стандарт защиты основных прав, как это установлено в ее статье 53, который в многочисленных случаях превзойден каталогом основных прав Лихтенштейна. Таким образом, диалог между различными слоями основных прав ведет к взаимопроникновению в области защиты этих прав без отказа от более ранних стандартов. Учитывая непрерывную эволюцию судебной практики ЕСПЧ, этот процесс никогда не будет завершен и время от времени будет готовить нам «сюрпризы».

4. Суд Европейского Союза и Суд ЕАСТ

Применяя Европейское право, Государственный суд также рассматривает судебную практику Европейского суда и Суда ЕАСТ.

Что касается Хартии основных прав Европейского Союза (CFR), она применяется только в пределах Европейского Союза и не имеет прямого юридического действия на ЕЭЗ. Однако нельзя исключать «излучение» Хартии на судебную практику Государственного суда. Будущая судебная практика Суда ЕАСТ будет играть в этом контексте свою роль. Особый интерес представляет собой, к примеру, судебная практика Суда ЕС по статье 47 Хартии в связи с освобождением от судебных расходов юридических лиц, которая выходит за пределы прецедентной практики ЕСПЧ.

5. Заключение

Подводя итог, Государственный суд открыт по отношению к судебной практике высших европейских судов, также как и конституционных судов немецкоязычных стран, не пренебрегая при этом особенностями правовой системы Лихтенштейна. В конечном итоге, это – вызов, перед которым стоят и высшие европейские суды в рамках сотрудничества. Конвергенция в защите основных прав не должна вылиться в унифицированное европейское толкование, оторванное от национальных гарантий основных прав. Национальным законодателям необходимо позволить в дальнейшем развивать свои каталоги основных прав без ограничения со стороны высших европейских судов. В то же время, однако, конституционные суды призваны занять позицию открытости и вовлеченности в процесс взаимного обучения.

Pavel RYCHETSKÝ
Président de la Cour constitutionnelle de la République tchèque

**Quelques remarques touchant à la coopération des Cours constitutionnelles en Europe et
à leurs perspectives**

Permettez-moi, avant d'entrer dans le sujet même de notre conférence, de vous exprimer quelques mots de remerciements.

C'est pour moi un grand honneur de pouvoir prendre la parole devant cette assemblée européenne, ô combien prestigieuse, et d'ouvrir le débat, de concert avec mes honorables confrères, sur le thème de la coopération des Cours constitutionnelles et sur le futur des juridictions constitutionnelles européennes. J'aimerais donc dire ma gratitude à Gerhart Holzinger, président de la Cour constitutionnelle de la République d'Autriche, et lui affirmer l'estime que nous portons au mérite qui lui revient d'avoir organisé ce congrès, et par conséquent, au mérite de contribuer à l'approfondissement de la coopération entre les Cours constitutionnelles européennes. Du haut de cette tribune, je me permets de rappeler le fait que ce sont justement les Cours constitutionnelles autrichiennes et tchécoslovaques qui, inspirées par les idées de Hans Kelsen, ont commencé à écrire l'histoire des juridictions constitutionnelles européennes. C'est la raison pour laquelle nous nous retrouvons ici-même, à Vienne, ville natale du constitutionnalisme européen. Pour ma part, je perçois ce choix comme un retour aux racines, un retour vers tout ce qui nous unit.

Pour des raisons historiques, les Cours constitutionnelles furent établies en tant que juridictions solitaires et monolithiques. Il ne s'agissait pas d'institutions appelant à la coopération avec d'autres organes dépendant des états ou internationaux, au contraire – elles étaient censées rester isolées ad extremum afin que leurs grandes prérogatives de dérogation demeurent exemptes de toute influence politique, législative ou juridictionnelle. Pour un grand nombre de Cours constitutionnelles, cet isolement s'est manifesté jusque dans les lieux même de leur implantation; c'est la raison pour laquelle les Cours constitutionnelles allemandes, tchèques, russes ou slovaques furent installées en dehors de la capitale de leur pays. En bref, elles naquirent au moment où des concepts telle que coopération, coordination et interactions étaient considérés comme une menace pour l'indépendance juridictionnelle.

A ceci est venue s'ajouter la conception dominante du droit international, dont le dualisme permettait aux Cours constitutionnelles de se référer à la répartition nette entre le droit national, subordonné à leur examen souverain, et le droit international ou supranational, qu'elles n'étaient pas en droit d'examiner.

Cette époque et ces conceptions sont aujourd'hui révolues, ce dont témoigne le présent congrès.

J'ai attentivement étudié les différents rapports nationaux, j'ai écouté avec intérêt le propos du rapporteur, le professeur Grabenwarter pour en arriver à une conclusion indéniable – si l'Europe et son système de valeurs connaissent des transformations, il revient aux Cours constitutionnelles nationales de s'y adapter à leur tour.

La Cour constitutionnelle tchèque, qui s'était identifiée (qui s'était reconnue dans les) aux conclusions juridictionnelles de la Cour constitutionnelle de la RFA, partait, pendant presque deux décennies, de la position selon laquelle le droit européen et le droit national étaient deux juridictions distinctes qui ne pouvaient entrer en concurrence car elles partageaient les mêmes points de départ, fondés sur un même système de valeurs. Le droit communautaire n'a jamais été et n'est toujours pas partie intégrante de notre ordre constitutionnel et ne saurait, par conséquent, devenir une référence pour la Cour constitutionnelle de la République tchèque en matière de contrôle de la constitutionnalité de la jurisprudence nationale.

Je crains cependant que cette position ne puisse être maintenue très longtemps. Oui, en matière de rapport entre le droit primaire européen et le droit national, les Cours constitutionnelles peuvent respecter la ligne nette et acérée séparant les deux systèmes. Devenu partie intégrante des juridictions nationales, le droit dérivé européen, lui, s'incruste dans le droit national et s'y fonde pleinement. S'il existe dans la juridiction nationale une règle de droit dont le contenu est identique à la juridiction dérivée européenne transposée, s'agit-il encore d'une norme juridique nationale ou devient-elle déjà européenne ? Est-ce à la Cour constitutionnelle ou bien à la Cour de justice de l'Union européenne, d'examiner cette norme, non transposée, certes, mais identique sur le plan du contenu ? Et si les deux en sont saisies, dans quel ordre et avec quelles conséquences réciproques ?

En adoptant la thèse selon laquelle l'ensemble des règles du droit européen transposé demeurent, quant à leur examen, dans les attributions exclusives de la Cour de justice de l'UE, c'est donc toute la conception actuelle de la jurisprudence constitutionnelle continentale qui commence à s'ébranler sous nos yeux. Le système juridique de l'Union européenne se caractérise par son dynamisme et son élargissement ce qui a, pour corollaire, une réduction progressive mais permanente, de l'espace réservé à l'examen de la constitutionnalité confié aux Cours constitutionnelles nationales. Ainsi disparaîtra la construction hiérarchique de la juridiction telle qu'elle fut décrite, il y a quatre-vingt-dix ans, par Adolf Merkl, un autre célèbre Viennois, et les Cours constitutionnelles seront réduites à leur rôle formel de protectrices de la constitution. Sous la voûte de la constitution, nous ne trouverons plus que l'abîme d'une juridiction nationale vidée de son sens.

En tant que ferme défenseur de l'intégration européenne, je suis loin de plaider pour une restriction de la législation européenne, quelle qu'elle soit. Le problème réside ailleurs. Il s'agit de définir un *modus vivendi* régissant les rapports entre les Cours constitutionnelles nationales et la Cour de justice de l'UE, afin que ces institutions puissent coopérer sans concurrence ou rivalité. Les Cours constitutionnelles devraient, à mes yeux, conserver leur droit d'examen constitutionnel de la totalité de la juridiction nationale ; toutefois, dès lors qu'il s'agit d'affaires touchant l'Union européenne, il leur faudrait, de façon naturelle – p.ex. sous la forme de procédure préjudicielle – coopérer avec la Cour de justice de l'Union européenne. C'est cette dernière qui représente l'unique autorité en matière d'interprétation du droit européen.

Les Cours constitutionnelles des pays membres de l'Union européenne se retrouvent, aujourd'hui, à un carrefour qui serait dépourvu de panneaux indicateurs. Il est d'une extrême importance que nous quittions cette croisée des chemins pour prendre ensemble la même direction et poursuivre le même objectif. Je reste fermement convaincu que cette conférence peut nous y aider.

Je vous remercie de votre attention.

Pavel RYCHETSKÝ
President of the Constitutional Court of the Czech Republic

Some remarks on the co-operation of Constitutional Courts in Europe and their perspectives

Before taking up the subject matter of our Congress, permit me a few words of thanks.

It is a great honour for me to be able to take the floor before this prestigious European assembly and, together with my distinguished colleagues, to open the debate on the theme of co-operation between Constitutional Courts and the future of constitutional justice in Europe. I should like to express my special gratitude to Gerhart Holzinger, President of the Austrian Constitutional Court, and tell him how much we appreciate the fact that he has organized this Congress and, in doing so, contributed to the deepening of co-operation between European Constitutional Courts. Allow me to remind you that the Austrian and Czechoslovak Constitutional Courts, inspired by the ideas of Hans Kelsen, were the ones that wrote the first chapter in the history of constitutional justice in Europe. This is the reason why we are gathered here in Vienna today, the birthplace of European constitutionalism. For me, it is a return to the roots, a return to all that unites us.

For historical reasons, constitutional courts were established as solitary and monolithic judicial bodies. They were institutions that did not seek co-operation with other bodies of a national or international character – on the contrary, they were meant to remain completely isolated, so that their exceptional prerogatives would remain immune to any political, legislative or judicial influence. For numerous constitutional courts, this isolation even manifested itself in their location; this is the reason why the German, Czech, Russian and Slovak Constitutional Courts were not set up in the capitals of the countries concerned. In brief, they were established at a time when notions such as co-operation, coordination and interaction were regarded as a threat to judicial independence.

As an additional element, there was the prevailing conception of international law and its inherent dualism, which allowed constitutional courts to act on the basis of a clear separation between national law, subject to their sovereign review, and international or supranational law outside the scope of their review powers.

This Congress provides ample proof of the fact these ideas are a thing of the past.

Having carefully studied the national reports and having listened with great interest to Professor Grabenwarter, the General Rapporteur, I have come to one undeniable conclusion – if Europe and its system of values are going through a period of transformation, national constitutional courts, for their part, will have to adjust to these changes.

For almost two decades, the Czech Constitutional Court identified with (and found its own position reflected in) the conclusions of the Federal Constitutional Court of Germany, regarding European law and national law as two separate systems which would never enter into competition with each other, as they had evolved from the same origin and shared the same values. Community law has never been an integral part of our constitutional order and, consequently, will never serve as a point of reference for the Constitutional Court of the Czech Republic in matters relating to the constitutionality review of national legislation.

I am afraid, however, that this position cannot be upheld much longer. Yes, when it comes to the relationship between European primary law and national law, constitutional courts can still observe the clear line of separation between the two systems. Secondary European legislation, once it has been integrated into the national judicial system, becomes firmly embedded in and merges completely with national law. If there is a provision of national law which is identical in content with European law transposed into national law, is it still national law or has it become European law? Is it up to the constitutional court or to the Court of Justice of the European Union to subject this law to judicial review, which is not European law transposed into national law, but identical in content? And if the issue is put before both courts – which one is to pronounce on the case first, and what are the respective consequences?

If we follow the hypothesis that the Court of Justice of the European Union has exclusive jurisdiction to review the provisions of Union law transposed into national law, the very basis of constitutional jurisdiction on the European continent is beginning to crumble. The legal system of the European Union is characterized by its dynamics and its continuous expansion, which is bound to result in a progressive but permanent narrowing of the scope of constitutionality review by the national constitutional courts. Thus, the hierarchical structure of jurisdiction, as described by Adolf Merkl, another famous citizen of Vienna, ninety years ago, will disappear and constitutional courts will be reduced to their formal role of guardians of the constitution. All that will remain under the roof of the constitution is a national jurisdiction devoid of meaning.

As a firm advocate of European integration, I certainly do not plead in favour of a restriction of European legislation in whatever form. This is not the point at issue. Rather, we have to find a basis on which national constitutional courts and the Court of Justice of the European Union can co-operate without competition or rivalry. In my opinion, constitutional courts should still have the power to review all national laws for their constitutionality. However, in matters relating to the European Union they should, naturally, co-operate with the Court of Justice of the European Union, e.g. by requesting a preliminary ruling, as the latter represents the one and only authority for the interpretation of Union law.

The Constitutional Courts of the Member States find themselves at a crossroads, but the road signs are missing. It will be extremely important for all of us to find our way, to move into the same direction and to pursue the same objective. I am firmly convinced that this Congress will help us in our endeavours.

Thank you for your attention.

Pavel RYCHETSKÝ
Präsident des Verfassungsgerichtes der Tschechischen Republik

**Einige Anmerkungen zur Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa und deren
Perspektiven**

Bevor ich mich dem eigentlichen Thema unseres Kongresses zuwende, gestatten Sie mir einige Dankesworte.

Es ist mir eine große Ehre, vor dieser illustren europäischen Versammlung das Wort ergreifen zu dürfen und gemeinsam mit meinen geschätzten Kolleginnen und Kollegen die Diskussion zum Thema der Kooperation der Verfassungsgerichte und der Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa zu eröffnen. Ich möchte dem Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs der Republik Österreich Gerhart Holzinger meinen Dank aussprechen und ihm versichern, dass wir seine Verdienste um die Organisation dieses Kongresses zu schätzen wissen, hat er doch damit zur Vertiefung der Kooperation der europäischen Verfassungsgerichte beigetragen. Von diesem Rednerpult aus gestatte ich mir daran zu erinnern, dass es gerade die Verfassungsgerichte Österreichs und der Tschechoslowakei waren, die, angeregt durch die Ideen von Hans Kelsen, die Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa zu schreiben begonnen haben. Das ist auch der Grund dafür, dass wir hier in Wien, in der Geburtsstadt des europäischen Konstitutionalismus, zusammen gekommen sind. Ich persönlich betrachte diese Ortswahl als eine Rückkehr zu den Wurzeln, eine Rückkehr zu all dem, was uns einigt.

Aus historischen Gründen sind die Verfassungsgerichte als für sich stehende und monolithische Gerichte gegründet worden. Das waren keine Institutionen, die zur Kooperation mit anderen staatlichen oder internationalen Organen eingeladen haben, im Gegenteil – sie sollten absolut isoliert bleiben, damit ihre Ausnahmestellung von jedem politischen, legislativen oder justiziellen Einfluss frei bleiben konnte. Für eine große Anzahl von Verfassungsgerichten ist diese Alleinstellung bis hin zu ihrem Standort zum Ausdruck gekommen; aus diesem Grund wurden das deutsche, tschechische, russische oder auch das slowakische Verfassungsgericht außerhalb der Hauptstadt ihres Landes angesiedelt. Mit einem Wort, sie sind zu einer Zeit entstanden, als Begriffe wie Kooperation, Koordination und Wechselwirkung als eine Bedrohung der Unabhängigkeit ihrer Gerichtsbarkeit angesehen wurden.

Dazu kam noch das vorherrschende Konzept des Völkerrechts, dessen Dualismus es den Verfassungsgerichten ermöglichte, auf die klare Trennung zwischen innerstaatlichem Recht, das ihrer hoheitlichen Prüfung unterstand, und dem internationalen oder supranationalen Recht, bei dem sie keine Prüfungscompetenz hatten, zu verweisen.

Diese Zeiten und Auffassungen sind heute vorbei, wofür dieser Kongress der Beweis ist.

Ich habe die verschiedenen Landesberichte aufmerksam studiert, ich habe den Worten des Berichterstatters Professor Grabenwarter mit Interesse gelauscht und bin zu einer unleugbaren Schlussfolgerung gelangt: wenn Europa und sein Wertesystem einen Wandel erleben, dann müssen sich die nationalen Verfassungsgerichte ihrerseits dem anpassen.

Das tschechische Verfassungsgericht, das sich mit der Judikatur des deutschen Bundesverfassungsgerichtes identifiziert hat (und sich darin wiedererkannt hat), ist fast zwei Jahrzehnte lang vom Standpunkt ausgegangen, dass europäisches Recht und innerstaatliches Recht zwei verschiedene Rechtssysteme seien, die untereinander in keinen Wettbewerb treten können, weil sie von denselben Prämissen ausgingen, die auf demselben Wertesystem beruhten. Das Gemeinschaftsrecht war nie und ist noch immer nicht integrierender Bestandteil unserer Verfassungsordnung und kann daher nicht zum Bezugspunkt für das Verfassungsgericht der tschechischen Republik werden, wenn es um die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der nationalen Rechtsprechung geht.

Ich fürchte jedoch, dass dieser Standpunkt nicht mehr lange haltbar sein wird. Es ist schon richtig, dass die Verfassungsgerichte bei der Beziehung zwischen europäischem Primärrecht und innerstaatlichem Recht eine klare und scharfe Trennlinie zwischen den beiden Systemen einhalten können. Da das abgeleitete Unionsrecht zu einem Bestandteil der nationalen Rechtsordnung wurde, ist es in das nationale Recht eingebettet und geht darin vollkommen auf. Wenn es in der innerstaatlichen Rechtsordnung eine Rechtsnorm gibt, deren Inhalt mit dem umgesetzten Unionsrecht übereinstimmt, kann man dann noch von einer nationalen Rechtsnorm sprechen oder ist sie damit schon zu einer europäischen geworden? Hat das Verfassungsgericht oder der Gerichtshof der Europäischen Union die Aufgabe, diese zwar nicht umgesetzte, aber doch inhaltlich identische Norm zu prüfen? Und was geschieht, wenn beide Gerichte angerufen werden, was ist die Reihenfolge und welches sind die jeweiligen Folgewirkungen?

Wenn man sich der These anschließt, der zufolge die ausschließliche Zuständigkeit für die Prüfung sämtlicher Bestimmungen des umgesetzten Unionsrechts beim EuGH verbleibt, dann gerät die gesamte derzeitige Auffassung von der kontinentalen Verfassungsjudikatur vor unseren Augen allmählich ins Wanken. Die Rechtsordnung der Europäischen Union ist durch ihre Dynamik und ihre Ausweitung gekennzeichnet, was eine schrittweise, aber dauerhafte Einengung des der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit durch die nationalen Verfassungsgerichte vorbehaltenen Bereichs zur logischen Folge hat. Somit wird der hierarchische Aufbau der Gerichtsbarkeit, wie er vor neunzig Jahren von Adolf Merkl – einem weiteren berühmten Wiener – beschrieben wurde, verschwinden und die Verfassungsgerichte werden auf ihre formale Rolle als Verfassungshüter reduziert. Unter

dem Dach der Verfassung werden wir dann nur mehr die Kluft einer nationalen, sinnentleerten Gerichtsbarkeit finden.

Als entschiedener Verfechter der europäischen Integration bin ich weit davon entfernt, für eine Einschränkung der europäischen Rechtssetzung in welcher Form auch immer zu plädieren. Das Problem ist anders gelagert. Es geht darum, einen *modus vivendi* zu definieren, der die Beziehungen zwischen den nationalen Verfassungsgerichten und dem EuGH regelt, damit diese Institutionen ohne Konkurrenzverhältnis oder Rivalität kooperieren können. Nach meiner Ansicht sollten die Verfassungsgerichte die Befugnis zur Prüfung der Verfassungskonformität sämtlicher nationaler Rechtsnormen behalten; sobald es sich jedoch um Angelegenheiten mit Unionsbezug handelt, müssten sie auf selbstverständliche Weise – z.B. in Form eines Vorabentscheidungsverfahrens – mit dem Gerichtshof der Europäischen Union kooperieren. Letzterer ist die einzig zuständige Instanz für die Auslegung des Unionsrechts.

Die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten der Europäischen Union stehen heute an einem Scheideweg ohne Wegweiser. Es ist äußerst wichtig, dass wir von dieser Wegkreuzung wegkommen, um gemeinsam dieselbe Richtung einzuschlagen und dasselbe Ziel zu verfolgen. Ich bin fest davon überzeugt, dass uns dieser Kongress dabei weiterhelfen kann.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.

Павел РЫХЕТСКИ
Председатель Конституционного суда Чешской Республики

**Некоторые замечания о сотрудничестве
конституционных судов в Европе и его перспективах**

Прежде чем я перейду к основной теме нашего Конгресса, позвольте мне выразить несколько слов благодарности.

Мне выпала большая честь выступить перед столь блестящим европейским собранием и вместе с моими уважаемыми коллегами открыть дискуссию на тему сотрудничества между конституционными судами и будущего конституционного правосудия в Европе. Я хотел бы выразить мою благодарность Председателю Конституционного суда Австрийской Республики Герхарту Хольцингеру и заверить его в том, что мы высоко ценим его заслуги по организации этого Конгресса, которые способствовали углублению сотрудничества между европейскими конституционными судами. Находясь на этой трибуне, позволю себе вспомнить о том, что именно конституционные суды Австрии и Чехословакии, вдохновленные идеями Ганса Кельзена, открыли первую страницу истории конституционного правосудия в Европе. Это послужило также причиной тому, что мы собрались в Вене, в колыбели европейского конституционализма. Я лично рассматриваю этот выбор места проведения Конгресса как возвращение к корням, возвращение ко всему тому, что нас объединяет.

По историческим причинам конституционные суды были учреждены как обособленные, монолитные суды. Они не были институтами, призывавшими к сотрудничеству с другими государственными или международными органами, напротив – они должны были оставаться абсолютно изолированными, чтобы их исключительный статус не подвергался какому-либо политическому, законодательному или же судебному влиянию. Для многих конституционных судов эта уникальная обособленность нашла свое выражение даже в месте их нахождения; по этой причине конституционные суды Германии, Чехии, России и Словакии располагаются за пределами столицы своей страны. Одним словом, они были созданы в то время, когда сотрудничество, координация и взаимодействие рассматривались как угроза их судебной независимости.

Кроме того, дуализм господствовавшей в то время концепции международного права позволял конституционным судам указывать на четкое разделение между национальным правом, подлежащим их независимой проверке, и международным, или наднациональным правом, полномочиями проверки которого они не обладали.

Эти времена миновали, взгляды изменились, доказательством чему служит настоящий Конгресс.

Я внимательно изучил различные национальные доклады, с интересом внимал словам докладчика профессора Грабенвартера и пришел к бесспорному заключению: если Европа и ее система ценностей претерпевают изменения, то национальные конституционные суды, в свою очередь, также должны адаптироваться к ним.

Чешский Конституционный суд, который идентифицировал себя с судебной практикой Федерального конституционного суда Германии (и узнал себя в ней), на протяжении почти двух десятилетий придерживался мнения, что европейское право и национальное право представляют собой две различные правовые системы, которые не могут вступить в конкуренцию между собой, так как исходят из тех же предпосылок, основанных на одной и той же системе ценностей. Право ЕС никогда не являлось и до сих пор не является неотъемлемой частью нашего конституционного правопорядка и, следовательно, Конституционный суд Чешской Республики не может на него ссылаться, если дело касается проверки конституционности национальной судебной практики.

Однако я опасаясь, что мы не сможем удерживать эту позицию долгое время. Да, верно то, что конституционные суды соблюдают четкую границу в отношениях между первичным правом ЕС и национальным правом. Став частью национального правопорядка, производное право ЕС прочно укоренилось в национальном праве и слилось с ним воедино. Если в национальном праве существует правовая норма, содержание которой совпадает с внедренной нормой ЕС, можно ли здесь еще говорить о национальной правовой норме, или же она уже стала европейской? Является ли задачей конституционного суда или Суда Европейского Союза проверить подобную норму, которая, хотя и не была внедрена, но все же по содержанию идентична? И что произойдет, если поступит обращение в оба суда, какова будет очередность и каковы, соответственно, последствия?

Если присоединиться к тезису, согласно которому исключительная компетенция по проверке всех положений внедренного права ЕС остается за Судом Европейского Союза, то вся настоящая концепция континентального конституционного правосудия пошатнется на наших глазах. Правовая система Европейского Союза характеризуется своей динамичностью и своим расширением, что влечет за собой логическое последствие постепенного, но постоянного сужения отведенного национальным конституционным судам пространства для проверки конституционности. Следовательно, иерархическое построение правосудия, описанное девяносто лет назад Адольфом Мерклем, знаменитым жителем Вены, исчезнет, и роль конституционных судов будет сведена к роли формальных стражей конституции. И

тогда под сводом конституции мы найдем лишь пустоту национального, лишенного смысла правосудия.

Будучи решительным сторонником европейской интеграции, я далек от того, чтобы выступить за ограничение европейского правотворчества в какой бы то ни было форме. Проблема состоит в другом. Речь идет о том, чтобы определить *modus vivendi*, который будет регулировать отношения между национальными конституционными судами и Судом Европейского Союза с тем, чтобы эти институты могли сотрудничать без конкуренции и соперничества. По моему мнению, конституционные суды должны сохранить полномочие проверки конституционности всех национальных норм права; однако, как только дело касается вопросов, связанных с ЕС, им следует естественным образом – например, в рамках преюдициальной процедуры – сотрудничать с Судом Европейского Союза. Последний является единственной компетентной инстанцией по толкованию права Евросоюза.

Конституционные суды стран – членов Европейского Союза находятся сегодня на перекрестке без указателей. Чрезвычайно важно преодолеть это перепутье, чтобы вместе выбрать одно направление и преследовать одну цель. Я твердо убежден в том, что Конгресс сможет нам в этом помочь.

Благодарю вас за внимание.



Deuxième séance du XVI^e Congrès / Second session of the XVIth Congress /
Zweite Sitzung des XVI. Kongresses / Второе заседание XVI Конгресса

Sous-thème « Les cours constitutionnelles entre le droit constitutionnel
et le droit européen »

Sub-theme “Constitutional Courts between Constitutional Law
and European Law”

Subthema „Die Verfassungsgerichte zwischen Verfassungsrecht
und europäischem Recht“

Подтема «Конституционные суды между конституционным правом и
Европейским правом»

**DISCOURS D’IMPULSION / INPUT PAPERS/
IMPULSREFERATE / КРАТКИЕ ДОКЛАДЫ**

Français / French / Französisch / французский
Anglais / English / Englisch / английский
Allemand / German / Deutsch / немецкий
Russe / Russian / Russisch / русский

Marta CARTABIA
Juge à la Cour constitutionnelle de la République d'Italie

Le continent européen est devenu un espace d'*interdépendance constitutionnelle* et les Cours constitutionnelles nationales s'insèrent maintenant dans un réseau constitutionnel se composant des constitutions nationales, du droit de l'Union et des conventions et traités européens. Cela est tout particulièrement visible dans le domaine des droits fondamentaux.

Cette interdépendance constitutionnelle a une incidence sur les responsabilités des Cours constitutionnelles nationales : d'un côté, elles se voient octroyer de nouvelles obligations étant donné qu'elles sont appelées dans une certaine mesure à servir de juridictions en matière de droit européen ; d'un autre côté, certaines de leurs compétences traditionnelles doivent être adaptées à un ordre juridique plus complexe.

De surcroît, il y a un chevauchement partiel entre la mission d'une Cour constitutionnelle nationale et l'activité de nombreux autres organes juridictionnels, en particulier les juridictions veillant au respect des droits humains dont les décisions ont un impact sur les travaux des Cours constitutionnelles nationales.

1. Comment les Cours constitutionnelles réagissent-elles face à cette situation ?

L'examen des rapports nationaux et des questionnaires montre que les approches des Cours constitutionnelles peuvent être synthétisées de la manière suivante :

- *Mise en œuvre et promotion* : bien que l'hypothèse générale soit que le droit européen tende à marginaliser les Cours constitutionnelles dans l'ordre juridique européen parce qu'elles s'appuient surtout sur la coopération des cours et tribunaux nationaux subordonnés, la mission des Cours constitutionnelles inclut sans aucun doute le contrôle du respect des obligations européennes. Les constitutions nationales contiennent des *clauses européennes*, si bien que les obligations européennes sont dans une certaine mesure des obligations constitutionnelles. Comme conséquence, les Cours constitutionnelles se prononcent sur un certain nombre d'affaires sur la base du droit européen, et quand elles invalident des lois nationales qui sont en contradiction avec les principes européens, elles contribuent à rendre le droit de l'Union encore plus effectif. Il arrive même que certaines Cours constitutionnelles nationales aillent encore plus loin en promouvant des concepts juridiques supranationaux qui dépassent de loin le mandat européen. Elles propagent la culture juridique européenne à travers leurs ordres juridiques respectifs.

- *Réticence* : Un certain nombre de Cours ont tendance à limiter le recours au droit transnational au strict minimum dans leurs propres décisions, elles jugent les affaires sur la base du droit interne plutôt que de celle du droit européen, elles tendent à éviter toute référence formelle au droit et à la jurisprudence supranationaux, et elles se soustraient à tout contact avec les autres juridictions nationales ou supranationales.
- *Défense* : Depuis les années 1970, un nombre croissant de Cours constitutionnelles ont élaboré au fil des années certaines « *clauses de sauvegarde* » destinées à protéger les *valeurs* fondamentales de l'identité constitutionnelle nationale des ingérences de toute nature provenant du droit étranger ou européen. Une préoccupation de même nature amène certaines Cours nationales à définir certaines limites que le droit européen ne doit pas dépasser, en invoquant le contrôle des *compétences* relevant de l'ordre constitutionnel national. En effet, les valeurs, les droits fondamentaux et certaines compétences sont indissociables des clauses de sauvegarde mentionnées plus haut qui relèvent de la juridiction exclusive des Cours constitutionnelles nationales.
- *Contestation* : Occasionnellement, certaines Cours constitutionnelles ont contesté directement un acte législatif européen ou une décision d'une Cour européenne pour excès de pouvoir ou en invoquant un conflit avec les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel national. Dans certains cas, la contestation a été formée devant la Cour de justice de l'Union européenne ; dans d'autres cas, les divergences ont donné lieu à un différend tacite, resté sans solution.
- *Participation* : Ces dernières années, un nombre croissant de Cours constitutionnelles ont contribué à l'élaboration de principes juridiques communs, assumant un rôle actif sur la scène européenne, interprétant et appliquant les normes européennes et se servant notamment des procédures préjudicielles.

Souvent, toutes ces approches coexistent. Il se peut qu'une seule et même Cour soit parfois réticente, parfois coopérative, défensive, contestatrice, etc.

2. Quel cadre constitutionnel pour l'espace européen ?

Il convient de mentionner que chacune de ces positions reflète et défend différentes perceptions de la « place publique » européenne.

D'aucuns insistent sur les frontières, les limites et les fractures, préconisant ainsi le concept de la *fragmentation des constitutions*. Dans de nombreux pays européens, ceci est peut-être la conséquence de l'approche dualiste traditionnelle, suivant laquelle le droit international est considéré comme « séparé mais égal ».

À l’opposé, et parfois comme conséquence d’une approche moniste face à l’intégration juridique, d’autres doctrines jurisprudentielles encouragent l’*uniformité*, impliquant par là une espèce de relation descendante entre le droit européen et le droit constitutionnel national et les cours/tribunaux européens et nationaux.

En dépassant la vieille dichotomie entre les visions dualiste et moniste de l’intégration européenne, une nouvelle *approche constitutionnelle pluraliste* peut être favorisée dans la mesure où l’harmonisation ne néglige pas la diversité, que la standardisation ne soit pas insensible aux disparités et que la généralité ne soit pas indifférente à la singularité.

Le pluralisme constitutionnel semble mieux correspondre à la perception que l’Europe a d’elle-même, une Europe qui définit son identité par la devise de « l’unité dans la diversité » et qui repose sur un « cadre de subsidiarité » qui demande un socle de principes juridiques communs entouré d’une marge d’appréciation qui est suffisamment large pour permettre aux cultures constitutionnelles nationales de survivre.

3. Quelques nouvelles questions au sujet des décisions préjudicielles

La décision préjudicielle est l’un des liens procéduraux les plus puissants parmi les tribunaux/cours servant la cause du pluralisme constitutionnel. Dans toute l’Europe on trouve les signes d’un intérêt renouvelé pour cette procédure.

Dans le contexte de l’UE, un nombre croissant de Cours constitutionnelles ont abandonné leur réticence et commencé à saisir la CJUE de questions d’interprétation relatives à la validité de la législation européenne en demandant une décision préjudicielle.

Qui plus est, une procédure préjudicielle est maintenant envisagée dans le nouveau Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l’homme : il est prévu que l’instance suprême de chaque partie contractante puisse demander à la Cour de Strasbourg un avis consultatif sur des questions de principe en rapport avec l’interprétation ou l’application des droits protégés par la Convention.

Finalement, une forme spéciale de coordination entre la CourEDH et la CJUE est décrite dans le projet d’Accord d’adhésion de l’UE à la Convention européenne des droits de l’homme – il s’agit de ce qu’on appelle l’implication préalable – mécanisme qui prévoit que si la Cour de Strasbourg a été saisie d’une affaire sans que la question n’ait été examinée par la Cour de justice de l’Union européenne, la procédure devra être suspendue pour donner la préséance à la Cour de Luxembourg.

Tous ces signes montrent que le temps est mûr pour des interactions formelles entre les Cours constitutionnelles et les Cours européennes.

Il y a quelques années encore, la question posée était celle de savoir *si* les Cours constitutionnelles devaient participer au dialogue juridictionnel ayant lieu entre d'autres cours/tribunaux en Europe ; à présent, cette question a reçu une réponse affirmative. Visiblement, les Cours constitutionnelles ne craignent plus qu'un renvoi préjudiciel puisse être interprété comme une obéissance passive vis-à-vis d'une autre Cour. Le renvoi préjudiciel est plutôt considéré par les Cours constitutionnelles nationales comme une opportunité d'être des *agents* plutôt que des *destinataires* passifs de la structure constitutionnelle européenne.

Cet engagement croissant des Cours constitutionnelles nationales dans le dialogue constitutionnel européen soulève de nouvelles questions qu'il serait utile de discuter.

Par exemple : en présence de questions préjudicielles doubles – constitutionnelles et européennes - *quel est l'ordre de priorité* à suivre ? Est-il plus approprié que les Cours constitutionnelles statuent d'abord sur la base du droit constitutionnel national avant que les Cours européennes ne se prononcent ? En est-il toujours ainsi qu'il s'agisse de la CJUE ou de la CourEDH ? Ou est-ce que l'inverse est vrai ? Laquelle des Cours devrait-elle être *l'instance suprême* – dans la mesure où on en souhaite une ? Laquelle des Cours devrait-elle être celle *qui se prononce en premier* – toujours dans la mesure où cela est souhaité ? Est-il possible qu'après avoir introduit un renvoi préjudiciel une Cour constitutionnelle ne prenne pas en compte une décision dans laquelle la Cour européenne statue en contradiction avec la constitution nationale ?

Est-ce qu'une question préjudicielle formée par une Cour constitutionnelle a une *valeur ajoutée* pour les Cours européennes ? Est-ce qu'elle attire leur attention sur davantage d'arguments susceptibles d'améliorer la compréhension de l'affaire ? Est-ce que cela enrichit leur compréhension des contextes nationaux ? Est-il donc utile qu'une Cour constitutionnelle saisisse les Cours européennes, même si des questions similaires ont déjà été introduites par des instances inférieures ?

Jusqu'à présent, une décision préjudicielle passe normalement en Europe des périphéries au centre. Serait-il utile d'envisager de nouvelles formes de procédures préjudicielles allant dans d'autres directions, soit du centre vers les périphéries ou reliant différentes périphéries ?

Il est évident que toutes ces questions sont susceptibles de recevoir différentes réponses, en fonction de l'objectif poursuivi par la procédure préjudicielle. Dans la perspective de ces remarques introductives, la question est celle de savoir quel type de procédure préjudicielle sert au mieux l'idée d'un espace constitutionnel pluraliste en Europe.

Marta CARTABIA
Judge at the Constitutional Court of the Republic of Italy

The European continent has become a space of *constitutional interdependence* and consequently, national Constitutional Courts are now embedded in a constitutional fabric made of national constitutions, EU law, European treaties and conventions. This is all the more evident in the domain of fundamental rights.

This constitutional interdependence affects the national Constitutional Courts' responsibilities: on the one hand they are charged with new duties, because to some extent they are called to serve as European law adjudicators; on the other hand some of their traditional competences are to be adjusted to a more complex legal order.

Moreover, the national Constitutional Courts' mission overlaps in part with the activity of many other judicial bodies and in particular human rights adjudicators, whose decisions impact the work of national Constitutional Courts.

1. How do Constitutional Courts react to these facts?

Looking at the national reports and at the questionnaires, the approaches of the Constitutional Courts might be synthetically outlined as follows:

- *Implementation and promotion*: although it is a common assumption that European law tends to displace Constitutional Courts at the margin of the European legal order, because it primarily relies on the co-operation of lower national Courts, undoubtedly the Constitutional Courts' mission includes the enforcement of European obligations. National constitutions provide *European clauses*, so that European obligations are in a way constitutional obligations. As a consequence, Constitutional Courts decide a number of controversies on European grounds and when they invalidate national legislation in contrast with European principles, they contribute to rendering European law more effective. At times, some national Courts go even further and promote super-national legal concepts well beyond the European mandate. They disseminate the European legal culture all through their respective legal orders.
- *Reluctance*: a number of Courts are inclined to contain the use of transnational law at the minimum level in their own decisions, decide cases on domestic grounds rather than on European ones, tend to avoid formal referral to super-national law and case law, and escape all contacts with other national or super-national Courts.

- *Defense*: starting in the 1970s an increasing number of Constitutional Courts have over times developed some “*safeguard clauses*” designed to protect the core *values* of the national constitutional identity from all sort of interference from foreign or European law. A similar concern brings some national Courts to mark the boundaries that cannot be trespassed by European law maintaining the control of the *competences* that pertain to the national constitutional order. Indeed values, fundamental rights and competences are part and parcel of the aforementioned safeguard clauses that fall within the exclusive jurisdiction of national Constitutional Courts.
- *Challenge*: occasionally some Constitutional Courts have challenged straightforward a piece of European legislation or a decision of the European Court on *ultra vires* grounds or for conflict with basic principles of the national constitutional order. At times the challenge has been brought before the European Court; at other times divergences have resulted in an unsettled, mute conflict.
- *Participation*: in recent years an increasing number of Constitutional Courts have contributed to the development of common legal principles, taking an active role on the European stage, interpreting and enforcing European standards and especially making use of the preliminary ruling.

All these approaches often coexist. The same Court may at times be reluctant, co-operative, defensive, challenging, and so on.

2. What constitutional framework for the European space?

It is worth noting that each of these stances reflects and promotes different understandings of the European public square.

Some of them insist on boundaries, limits and divides and therefore tend to advance a context of *constitutional fragmentation*. In many European countries this might be a by-product of the traditional dualist approach to international law based on a sort of “separate but equal” principle.

At the opposite, and sometimes in consequence of a monist approach to legal integration, other judicial doctrines foster *uniformity*, implying a sort of top-down relationship between European and national constitutional law and between European and national Courts.

Overtaking the old dichotomy between dualist and monist views of European integration a new *pluralist constitutional approach* can be promoted where harmonization does not overlook diversity, standardization does not disregard disparities and generality does not ignore singularity.

Constitutional pluralism seems to better correspond to the self-understanding of Europe itself whose identity is defined by “unity in diversity” and is founded on a “subsidiarity framework” that requires a core of common legal principles surrounded by a margin of appreciation wide enough to allow national constitutional cultures to survive.

3. New questions about the preliminary ruling

Preliminary ruling is one of the more powerful procedural connectors among Courts serving the cause of constitutional pluralism. New signs of interest for this procedure are spreading all over Europe.

In the EU context, an increasing number of Constitutional Courts have abandoned their reticence and have started referring questions of interpretation or validity of European legislation to the ECJ by means of preliminary rulings.

Moreover, a preliminary procedure is now envisaged in the new Protocol 16 to the European Convention of Human Rights, so that the highest court of each contracting party may request the Strasbourg Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights protected by the Convention.

Finally, a special form of coordination between the ECtHR and the ECJ is described in the Draft Agreement for the accession of the EU to the European Convention – the so called prior involvement – so that, if a case has been taken to Strasbourg without the question having been considered by the Court of Justice of the European Union, the procedure is to be suspended in order for the Court of Luxembourg to be given precedence.

All these signs show that the time is ripe for formal interactions among Constitutional and European Courts.

In a way, whereas a few years ago the question was *whether* Constitutional Courts were to join the judicial dialogues taking place among other courts in Europe, at present this question has been given an affirmative answer. Apparently, Constitutional Courts no longer fear that a preliminary ruling request might raise the expectation of passive obedience to another Court. Preliminary ruling is rather seen as an opportunity for national Constitutional Courts to be *agents* rather than passive *recipients* of the European constitutional construction.

This move towards more engagement of national Constitutional Courts in European constitutional conversations raises new questions that might be usefully addressed.

For example: In case of double preliminary questions – constitutional and European – *what order of priority* should be followed? Is it more convenient that Constitutional Courts decide first on national constitutional grounds before the European Courts pronounce their decisions? Is this always true both for the ECJ and the ECtHR? Or is the opposite true? Which court should have a *final say*, if any? Which court should have a “*first say*”, if any? Is it possible that after asking a preliminary ruling a Constitutional Court disregards the statement of the European Court held to be in contrast with the national constitution?

Does a preliminary ruling sent by a Constitutional Court have an *added value* for the European Courts? Does it bring to their attention more arguments useful to a better comprehension of the case? Does it enrich their understanding of the national contexts? Is it therefore useful that a Constitutional Court refers to the European Courts even when other similar questions have already been sent by lower courts?

So far in Europe preliminary ruling typically moves from the peripheries to the center. Might it be useful to envisage new forms of preliminary rulings going in other directions, from the center to the peripheries or connecting different peripheries?

Indeed all these question might receive different answers depending on the purpose attached to preliminary ruling. In the perspective of these introductory remarks the question is what kind of preliminary ruling better serves the idea of a pluralist constitutional space in Europe?

Marta CARTABIA
Richterin am Verfassungsgerichtshof der Republik Italien

Der europäische Kontinent ist zu einem Raum der *verfassungsrechtlichen Interdependenz* geworden, in dem die nationalen Verfassungsgerichte in ein Gefüge aus nationalen Verfassungen, Unionsrecht und europäischen Verträgen und Übereinkommen eingebettet sind. Die zeigt sich besonders deutlich im Bereich der Grundrechte.

Diese verfassungsrechtliche Interdependenz wirkt sich auf die Aufgaben der nationalen Verfassungsgerichte aus: Einerseits sehen sich diese mit neuen Pflichten konfrontiert, da sie in gewissem Maße aufgerufen sind, über Unionsrecht zu befinden; andererseits müssen ihre traditionellen Kompetenzen an ein komplexeres Rechtssystem angepasst werden.

Zudem überschneidet sich die Aufgabe der nationalen Verfassungsgerichte teilweise mit der Tätigkeit zahlreicher anderer richterlicher Gremien, insbesondere jener, die über Menschenrechtsfragen befinden, deren Entscheidungen sich auf die Arbeit der nationalen Verfassungsgerichte auswirken.

1. Wie reagieren Verfassungsgerichte auf diese Situation?

Nach Betrachtung der Länderberichte und der Fragebögen lassen sich die Ansätze der Verfassungsgerichte wie folgt klassifizieren:

- *Umsetzung und Förderung*: Obwohl gemeinhin angenommen wird, dass die Verfassungsgerichtshöfe durch das Europarecht an den Rand des europäischen Rechtssystems gedrängt werden, da dieses hauptsächlich auf die Kooperation der niedrigeren nationalen Gerichte baut, gehört die Durchsetzung europarechtlicher Verpflichtungen ohne Zweifel zu den Aufgaben der Verfassungsgerichte. Nationale Verfassungen beinhalten *europäische Bestimmungen*, sodass europarechtliche Verpflichtungen gewissermaßen zu verfassungsrechtlichen Verpflichtungen werden. Demzufolge entscheiden Verfassungsgerichte in Streitsachen mit Europarechtsbezug, und wenn sie den europäischen Grundsätzen widersprechende, nationale Gesetze aufheben, verhelfen sie damit dem Europarecht zu stärkerer Wirksamkeit. Manche nationale Gerichte gehen zeitweise noch weiter und fördern übernationale Rechtskonzepte, die über das europäische Mandat hinausgehen. Sie tragen in ihren jeweiligen Rechtssystemen zur Verbreitung der europäischen Rechtskultur bei.
- *Widerwillen*: Manche Gerichte neigen dazu, die Bezugnahme auf transnationales Recht in ihren eigenen Entscheidungen auf ein Minimum zu beschränken, Fälle eher auf der Grundlage nationaler als europäischer Überlegungen zu entscheiden, formelle

Verweise auf übernationales Recht und übernationale Jurisprudenz zu vermeiden, und sich allen Kontakten mit anderen nationalen oder übernationalen Gerichten zu entziehen.

- *Verteidigung*: Beginnend in den Siebzigerjahren des letzten Jahrhunderts, hat eine steigende Zahl von Verfassungsgerichten im Laufe der Zeit „*Schutzklauseln*“ entwickelt, um die *Kernwerte* der nationalen verfassungsrechtlichen Identität vor dem Einfluss ausländischer oder europäischer Gesetze zu schützen. In einem ähnlichen Bestreben stecken manche nationalen Gerichte Grenzen ab, die vom Europarecht nicht überschritten werden können, wodurch sie die Kontrolle über die im Bereich der nationalen Verfassungsordnung liegenden *Kompetenzen* bewahren. Werte, Grundrechte und Kompetenzen sind Bestandteil der erwähnten Schutzklauseln, die in der ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Verfassungsgerichte liegen.
- *Widerspruch*: Es kommt auch vor, dass Verfassungsgerichte eine europarechtliche Bestimmung oder eine Entscheidung eines europäischen Gerichtshofs unter Berufung auf das Ultra-Vires-Argument oder mit der Begründung einer Kollision mit den Grundprinzipien der nationalen Verfassungsordnung beeinspruchen. Manchmal landet ein solcher Fall vor dem Europäischen Gerichtshof; in anderen Fällen wird daraus ein unausgesprochener und ungelöster Konflikt.
- *Partizipation*: In den letzten Jahren haben Verfassungsgerichte vermehrt zur Entwicklung gemeinsamer Rechtsgrundsätze beigetragen, indem sie eine aktive Rolle auf der europäischen Bühne gespielt, europäische Rechtsnormen ausgelegt und durchgesetzt und, vor allem, sich des Instruments der Vorabentscheidung bedient haben.

In vielen Fällen schließen diese Ansätze einander nicht aus. Ein und dasselbe Gericht kann sich manchmal widerwillig, manchmal kooperativ, und manchmal abweisend verhalten.

2. Welcher verfassungsrechtliche Rahmen für Europa?

Es ist festzuhalten, dass jede dieser Einstellungen ein bestimmtes Verständnis des europäischen „öffentlichen Raums“ reflektiert und fördert.

Manche unterstreichen die Bedeutung von Grenzen und Trennlinien und neigen damit zur Förderung einer *verfassungsrechtlichen Fragmentierung*. In vielen europäischen Ländern könnte dies ein Nebenprodukt des traditionellen, dualistischen Verständnisses des Völkerrechts nach dem Grundsatz „getrennt aber gleichberechtigt“ sein.

Am anderen Ende der Skala finden wir – zum Teil infolge eines monistischen Herangehens an die Integration des Rechts – eine der *Uniformität* förderliche Rechtsdoktrin, die eine von oben nach unten wirkende Beziehung zwischen Europarecht und nationalem Verfassungsrecht und zwischen europäischen und nationalen Gerichten postuliert.

Zur Überwindung der alten Dichotomie zwischen dualistischer und monistischer Sicht der europäischen Integration kann ein neuer, *pluralistischer Ansatz* gefördert werden, bei dem Harmonisierung nicht auf Kosten der Vielfalt geht, Standardisierung nicht die bestehenden Disparitäten außer Acht lässt und Singularität nicht vernachlässigt wird.

Verfassungspluralismus scheint auch dem Selbstverständnis Europas besser zu entsprechen, dessen Identität durch „Einheit in der Vielfalt“ definiert wird und das auf einem „Rahmen der Subsidiarität“ begründet ist, der einen Kern gemeinsamer Rechtsprinzipien voraussetzt, aber ausreichend Raum für das Überleben nationaler Verfassungskulturen lässt.

3. Neue Fragen zur Vorabentscheidung

Die Vorabentscheidung ist eines der stärksten verbindenden Verfahrenselemente, welches Gerichte im Sinne eines Verfassungspluralismus einander näher bringt. In ganz Europa beobachten wir ein wachsendes Interesse an diesem Verfahren.

Im Kontext der Europäischen Union hat eine zunehmende Zahl von Verfassungsgerichten ihren Widerwillen aufgegeben und begonnen, Fragen der Auslegung oder der Gültigkeit von europarechtlichen Bestimmungen dem EuGH mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorzulegen.

Darüber hinaus ist nun im neuen 16. Protokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention ein Verfahren vorgesehen, bei dem das Höchstgericht eines jeden Vertragsstaates das Gericht in Straßburg um eine gutachterliche Stellungnahme zu Grundsatzfragen der Auslegung oder Anwendung der Konventionsrechte ersuchen kann.

Schließlich findet sich im Entwurf des Abkommens über den Beitritt der EU zur EMRK die Beschreibung einer besonderen Form der Koordination zwischen dem EGMR und dem EuGH, die als „prior involvement“ bezeichnet wird: Wenn ein Fall dem Gericht in Straßburg vorgelegt wird, ohne dass diese Frage zuvor vom Gerichtshof der Europäischen Union behandelt wurde, ist das Verfahren auszusetzen, um dem Gericht in Luxemburg den Vorrang zu überlassen.

All dies zeigt, dass die Zeit reif ist für formalisierte Wechselwirkungen zwischen den Verfassungsgerichten und den europäischen Gerichten.

Die noch vor wenigen Jahren gestellte Frage, *ob* sich Verfassungsgerichte an dem richterlichen Dialog zwischen anderen Gerichten in Europa beteiligen sollten, ist mittlerweile mit Ja beantwortet. Verfassungsgerichte haben offensichtlich keine Angst mehr, dass ein Ersuchen um Vorabentscheidung als passiver Gehorsam gegenüber einem anderen Gericht interpretiert werden könnte. Eine Vorabentscheidung wird viel eher als Gelegenheit für nationale Verfassungsgerichte gesehen, am Prozess der europäischen Verfassungsgestaltung *mitzuwirken* und nicht nur *passive Rezipienten* zu sein.

Diese Entwicklung in Richtung eines vermehrten Engagements nationaler Verfassungsgerichte in der verfassungsrechtlichen Debatte in Europa wirft neue Fragen auf, die es wert sind, hier diskutiert zu werden.

Zum Beispiel: Wenn ein Ersuchen um Vorabentscheidung sowohl einem nationalen Verfassungsgericht als auch einem europäischen Gericht vorgelegt wird – *in welcher Reihenfolge* soll entschieden werden? Ist es günstiger, wenn ein Verfassungsgericht zuerst auf nationaler verfassungsrechtlicher Grundlage entscheidet, bevor die europäischen Gerichte ihre Entscheidung kundtun? Gilt dies immer sowohl für den EuGH als auch für den EGMR? Oder trifft das Gegenteil zu? Welches Gericht soll *endgültig* entscheiden? Welches Gericht soll sich *zuerst* äußern? Ist es möglich, dass ein Verfassungsgericht nach Ersuchen um Vorabentscheidung die Meinung des europäischen Gerichts außer Acht lässt, weil diese der nationalen Verfassung widerspricht?

Bringt die von einem Verfassungsgericht übermittelte Vorabentscheidung für die europäischen Gerichte einen *Mehrwert*? Lenkt es deren Aufmerksamkeit auf Argumente, die zu einem besseren Verständnis des Falles beitragen? Ermöglicht es diesen, den nationalen Kontext besser zu verstehen? Ist es daher von Nutzen, wenn ein Verfassungsgericht sich an die europäischen Gerichte wendet, selbst wenn andere, ähnliche Fragen bereits von niedrigeren Gerichten vorgelegt wurden?

Bisher führt der Weg der Vorabentscheidung in Europa üblicherweise von der Peripherie ins Zentrum. Wären neue Formen von Vorabentscheidungen sinnvoll, deren Weg in andere Richtungen führt und vom Zentrum in die Peripherie verläuft oder verschiedene Peripherien miteinander verbindet?

Auf all diese Fragen sind unterschiedliche Antworten denkbar, abhängig davon, welcher Zweck mit der Vorabentscheidung verfolgt wird. Im Lichte dieser einführenden Bemerkungen erhebt sich die Frage, welche Art der Vorabentscheidung der Idee eines pluralistischen Verfassungsraums in Europa besser dient.

Марта КАРТАБИА
Судья Конституционного суда Итальянской Республики

Европейский континент стал пространством *конституционной взаимозависимости* и, следовательно, национальные конституционные суды сейчас встроены в конституционную структуру, состоящую из национальных конституций, права ЕС, европейских договоров и конвенций. Наиболее заметно это в области основных прав и свобод.

Эта конституционная взаимозависимость воздействует на задачи национальных конституционных судов: с одной стороны, на них возлагаются новые обязанности, так как они в определенной степени призваны выносить решения по Европейскому праву; с другой стороны, некоторые их традиционные компетенции должны быть адаптированы к более сложному правопорядку.

Более того, основные задачи национальных конституционных судов частично перекрываются с деятельностью многих других судебных органов и, особенно, тех органов, которые выносят решения в области прав человека, влияющие на работу национальных конституционных судов.

1. Как конституционные суды реагируют на эту ситуацию?

Изучение национальных докладов и вопросников показывает, что подходы конституционных судов можно классифицировать следующим образом:

- *Исполнение и продвижение*: хотя бытует общераспространенное мнение, что европейское право вытесняет конституционные суды на обочину европейского правового порядка, так как оно в первую очередь опирается на сотрудничество нижестоящих национальных судов, несомненно, задачи конституционных судов включают в себя реализацию европейских обязательств. Национальные конституции предусматривают *европейские положения* и, таким образом, европейские обязательства являются, в некотором смысле, и конституционными обязательствами. Как следствие, конституционные суды разрешают ряд споров, касающихся европейского права, и когда они признают недействительными национальные законы, противоречащие европейским принципам, они содействуют приданию европейскому праву еще большей эффективности. Иногда некоторые национальные суды даже заходят еще дальше и продвигают наднациональные правовые концепции, выходящие за рамки европейских обязательств. В рамках своей правовой системы они способствуют распространению европейской правовой культуры.

- *Противодействие*: некоторые суды склонны в своих собственных решениях ограничивать применение транснационального права до минимального уровня, разрешать дела на основании скорее внутреннего, нежели европейского законодательства, уклоняться от формальных ссылок на наднациональное право и наднациональную судебную практику и избегать любых контактов с другими национальными и наднациональными судами.
- *Защита*: начиная с 1970-х годов, растущее количество конституционных судов на протяжении лет разработали некоторые «защитные оговорки», предназначенные для защиты основополагающих ценностей национальной конституционной идентичности от любого рода влияния со стороны иностранного или европейского права. Подобное стремление побуждает некоторые национальные суды обозначать границы, которые не может перейти европейское право, удерживая контроль над компетенциями, которые относятся к национальному конституционному порядку. Действительно, ценности, основные права и компетенции являются неотъемлемой частью упомянутых выше защитных оговорок, которые подпадают под исключительную юрисдикцию национальных конституционных судов.
- *Оспаривание*: иногда конституционные суды открыто оспаривают какое-либо положение европейского права или решение Европейского суда на основании *ultra vires* или конфликта с основными принципами национального конституционного порядка. Иногда подобное дело доходит до Суда ЕС; в других случаях разногласия влекут за собой неурегулированный, подавленный конфликт.
- *Участие*: в последние годы растущее количество конституционных судов содействовали развитию общих правовых принципов, беря на себя активную роль на европейской сцене, толкуя и воплощая европейские стандарты и в особенности применяя преюдициальную процедуру.

Все эти подходы часто сосуществуют. Один и тот же суд может иногда быть противодействующим, сотрудничающим, защищающимся, оспаривающим и так далее.

2. Какие конституционные рамки для европейского пространства?

Стоит отметить, что каждая из этих позиций отражает и поддерживает различное понимание европейской «общественной площадки».

Некоторые настаивают на границах, ограничениях и барьерах и таким образом способствуют выдвигению понятия *конституционной фрагментации*. Во многих европейских странах это могло бы быть побочным эффектом традиционного

дуалистического подхода к международному праву, основанного на принципе «раздельные, но равные».

С другой стороны – отчасти вследствие монистического подхода к правовой интеграции – другие юридические доктрины благоприятствуют *однородности*, полагая своего рода вертикальные отношения между европейским и национальным конституционным правом и между европейскими и национальными судами.

Преодолевая старую дихотомию дуалистического и монистического видения европейской интеграции, можно выдвинуть новый *плюралистический конституционный подход*, в котором гармонизация не упускает из виду разнообразие, стандартизация не оставляет без внимания различия, а универсальность не игнорирует уникальность.

Конституционный плюрализм представляется более соответствующим самосознанию Европы, чья идентичность определяется как «единство в многообразии» и основана на «механизме субсидиарности», который предполагает наличие ядра общих правовых принципов, но одновременно предоставляет национальным конституционным культурам достаточную свободу действий для выживания.

3. Новые вопросы о преюдициальной процедуре

Преюдициальные запросы являются одним из наиболее сильных связующих звеньев между судами, служащих на благо конституционного плюрализма. Растущий интерес к этой процедуре наблюдается по всей Европе.

В контексте ЕС растущее количество конституционных судов отказались от прежней позиции молчания и начали представлять Европейскому суду на рассмотрение вопросы, касающиеся толкования или действительности норм европейского права в преюдициальном порядке.

Более того, преюдициальная процедура в настоящее время предусмотрена в новом Протоколе № 16 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод – таким образом, высший суд каждого государства-участника может запросить Страсбургский суд дать консультативное заключение по вопросам о принципах, касающихся интерпретации или применения прав, гарантированных Конвенцией.

Наконец, особая форма координации между ЕСПЧ и Судом ЕС описана в проекте Соглашения о присоединении ЕС к Европейской конвенции по правам человека – так называемое предварительное привлечение – таким образом, если дело было передано в Страсбург без рассмотрения вопроса Судом ЕС, процедура

приостанавливается для того, чтобы был отдан приоритет Суду в Люксембурге.

Все это показывает, что настала пора для формализованного взаимодействия между конституционными и европейскими судами.

И если еще несколько лет назад ставился вопрос о том, *должны ли* были конституционные суды присоединиться к юридическому диалогу, происходившему между другими судами в Европе, то в настоящее время на этот вопрос дан утвердительный ответ. Очевидно, что конституционные суды более не опасаются, что направление преюдициального запроса может быть воспринято как слепое повиновение другому суду. Более того, преюдициальный запрос видится как возможность для национальных конституционных судов быть скорее *представителями*, чем пассивными *получателями* европейской конституционной структуры.

Это возрастающее вовлечение национальных конституционных судов в европейский конституционный диалог поднимает новые вопросы, которые стоит здесь обсудить.

Например: в случае двойных преюдициальных запросов, направленных и в национальный конституционный суд, и в европейский суд, – *какой порядок очередности* должен соблюдаться? Не более ли уместно, чтобы конституционные суды разрешали запросы сначала на национальной конституционной основе, прежде чем европейские суды вынесут свои решения? Всегда ли это верно и для Суда ЕС, и для ЕСПЧ? Или верно противоположное? Какой суд должен иметь *последнее слово*, если таковое необходимо? Какой суд должен говорить *«первое слово»*, если таковое необходимо? Возможно ли, чтобы после преюдициального запроса конституционный суд не принял во внимание решение европейского суда, противоречащее национальной конституции?

Имеет ли направленный конституционным судом преюдициальный запрос *«добавленную стоимость»* для европейских судов? Привлекает ли он их внимание к большему числу аргументов, способствующих лучшему пониманию дела? Облегчает ли это их понимание национального контекста? И, следовательно, целесообразно ли, что конституционный суд обращается к европейским судам, даже если другие подобные вопросы уже представлялись на рассмотрение нижестоящими судами?

До настоящего времени в Европе преюдициальная процедура обычно проходит путь от периферии к центру. Может ли быть целесообразным наметить новые формы преюдициальной процедуры, движущиеся в других направлениях, от центра к периферии, или соединяющие различные периферии?

Действительно, на все эти вопросы могут быть даны различные ответы, в зависимости от цели, которую преследует преюдициальный запрос. В свете этих вводных замечаний встает вопрос о том, какой вид преюдициальной процедуры наилучшим образом служит идее плюралистического конституционного пространства в Европе.

Peter M. HUBER
Juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne

1. Les cours/tribunaux constitutionnels ont pour tâche de faire valoir les principes fondamentaux consacrés dans la Constitution – les droits fondamentaux, la démocratie, les principes de l'État de droit, de la protection sociale, du respect de l'environnement ou du fédéralisme – et de veiller à ce qu'ils puissent marquer effectivement la réalité politique, sociale et économique d'une société établie dans un État. De cette manière, dans le cadre prévu par la Constitution, les cours constitutionnelles garantissent l'unicité de l'ordre juridique (national). Au niveau du droit matériel, ceci est assuré par la prééminence de la Constitution, au niveau procédural par le fait que la compétence des cours constitutionnelles se limite dans une large mesure à la Constitution comme critère de leur contrôle.

2. Pour le droit constitutionnel en général et pour les cours constitutionnelles en particulier, l'intégration européenne représente un défi majeur. Elle a généré un ordre juridique partiel qui est commun à tous les États membres de l'Union européenne ; son application est, par principe, primordiale et il a tendance à relativiser et à dépasser la recherche d'homogénéité à laquelle avait aspiré la constitution nationale, ce qui le met dans une situation de tension structurelle par rapport à la Constitution. L'harmonisation du marché intérieur en est tout autant l'illustration que la convergence de la protection des droits fondamentaux nationaux et communautaires ou le nivellement très avancé de la position juridique des ressortissants d'un État donné et des citoyens d'autres États membres.

3. Les constitutions nationales des États membres s'inspirent de manière plus ou moins explicite du concept de l'ouverture de l'État. Ainsi renoncent-elles dans une large mesure à leur rôle déterminant face au droit de l'Union, démarche sans laquelle l'intégration européenne ne pourrait pas fonctionner. Les constitutions nationales sont fondamentalement ouvertes à la réception du droit européen, de ses valeurs et de la jurisprudence des cours appelées à l'interpréter. Il incombe (également) aux cours constitutionnelles de permettre cette réception et de l'intégrer à leur doctrine.

4. Les constitutions des États membres restent la base fondamentale de l'adhésion de l'État concerné à l'Union européenne et au Conseil de l'Europe, et elles contiennent, bien qu'à des niveaux variés, des exigences et des limites pour cette appartenance. Dans cet esprit également, il revient aux cours constitutionnelles de veiller à ce que les principes fondamentaux d'une constitution donnée ne soient pas érodés au-delà de la mesure admise par celle-ci. En garantissant que les limites de l'intégration déterminées par le droit constitutionnel ne soient pas dépassées, les cours constitutionnelles ont forcément un effet retardateur qui, cependant, peut bien avoir un effet de rationalisation et d'amélioration de l'acceptation.

5. L'Union européenne n'est pas seulement une association d'États, de constitutions, de législations, d'administrations et de juridictions, au sein de laquelle les fonctions constitutionnelles européennes sont exercées en coopération entre le niveau national et le niveau de l'Union. Elle est aussi un espace de coopération des cours constitutionnelles dans lequel œuvrent ensemble les cours constitutionnelles et juridictions supérieures des États membres ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cet espace de coopération des cours constitutionnelles, les cours constitutionnelles et juridictions supérieures nationales sont appelées, aux termes de leur droit processuel respectif, à faire évoluer le droit primaire, sans perdre de vue la réalisation du programme d'intégration inscrit dans les traités.

6. Dans la pratique du Tribunal constitutionnel fédéral, on peut discerner deux types de contrôles qui se retrouvent – mutatis mutandis – dans la jurisprudence de nombreuses autres cours constitutionnelles et juridictions supérieures : l'examen de l'identité constitutionnelle (dont fait partie la garantie d'un degré de protection minimum des droits fondamentaux tel qu'exigé par la constitution) et le contrôle ultra-vires dont l'application est une ultima ratio qui est régie par l'impératif d'une attitude positive vis-à-vis du droit européen.

Peter HUBER
Judge at the Federal Constitutional Court of Germany

1. It is the task of constitutional courts to give effect to the fundamental determinations laid down in the Constitution – fundamental rights, democracy, rule of law, welfare state, environmentalism, federalism – and to make sure that they (can) effectively shape the political, social and economic reality of a society constituted within a state. By doing so, the constitutional courts at the same time ensure the unity of the (national) legal order within the scope defined in the Constitution. In substantive terms, this is ensured by the primacy of the Constitution, in procedural terms by the fact that constitutional courts are largely limited to the Constitution as a standard of review.

2. European integration is a considerable challenge for constitutional law in general, and for the constitutional courts in particular. It has led to the formation of a partial legal order that is common to all Member States of the European Union and which, as a rule, is given precedence in application and tends to relativise and overcome the unification prescribed by the national Constitution, such finding itself in a structural conflict with the Constitution. This becomes clearly evident in the harmonisation of the internal market and in the convergence of national and Union-law protection of fundamental rights, as well as in the wide-ranging equalisation of the legal status of nationals and Union citizens of other Member States.

3. The national constitutions of the Member States are committed - more or less explicitly - to the concept of 'open statehood'. This allows them to largely retract their standard of review in the light of Union law, without which European integration could not function. In general, national constitutions are open to the incorporation of European law, its value judgments and of the case law of the courts which are called upon to interpret European law. It is (also) a task of constitutional courts to allow for and dogmatically deal with such incorporation.

4. The constitutions of the Member States continue to be the basis on which membership of a given state in the European Union and in the Council of Europe is decided, and they set forth the requirements and limits of such membership, albeit to a variable extent. In this respect as well, it is the task of constitutional courts to ensure that the specific fundamental decisions of the individual constitution are not eroded beyond the measure it allows. As guardians of the constitutional limits of integration, constitutional courts by necessity have a slow-down effect, which may however also promote rationalisation and acceptance.

5. The European Union is not only an association of states, of constitutional, legislative, executive, administrative and judicial functions where European constitutional functions are

carried out in joint cooperation at Union and national levels. It is also a cooperation of constitutional courts in which the constitutional and higher courts of the Member States as well as the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights work together. Within this cooperation of constitutional courts, the national constitutional and higher courts are called upon to act, in particular when it comes to further developing primary law in accordance with established procedural law, and also when it comes to implementing the programme of integration which is laid down in the treaties.

6. Two approaches have evolved in the practice of the German Federal Constitutional Court which are found – *mutatis mutandis* – also in the case law of numerous other constitutional and higher courts: the examination of constitutional identity (which supposedly includes ensuring a minimum standard of protection of fundamental rights as postulated in the national constitution) and the *ultra-vires* examination. The application of the latter is an *ultima ratio* and governed by the imperative of openness towards European law.

Peter M. HUBER
Richter des Bundesverfassungsgerichtes
der Bundesrepublik Deutschland

1. Aufgabe der Verfassungsgerichte ist es, die in der Verfassung niedergelegten Grundentscheidungen – Grundrechte, Demokratie, Rechts-, Sozial-, Umwelt-, oder Bundesstaatlichkeit – zur Geltung zu bringen und dafür zu sorgen, dass sie die politische, soziale und ökonomische Wirklichkeit der in einem Staat verfassten Gesellschaft auch tatsächlich prägen (können). Damit stellen die Verfassungsgerichte in dem von der Verfassung vorgezeichneten Umfang zugleich die Einheit der (nationalen) Rechtsordnung sicher. Materiell-rechtlich wird dies durch den Vorrang der Verfassung sichergestellt, prozessual durch die weitgehende Beschränkung der Verfassungsgerichte auf die Verfassung als Prüfungsmaßstab.

2. Die europäische Integration ist für das Verfassungsrecht im Allgemeinen und die Verfassungsgerichte im Besonderen eine erhebliche Herausforderung. Sie hat eine allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union gemeinsame und grundsätzlich mit Anwendungsvorrang ausgestattete Teilrechtsordnung hervorgebracht, die tendenziell darauf abzielt, die von der nationalen Verfassung aufgegebenen Einheitsbildung zu relativieren und zu überwinden und befindet sich daher in einem strukturellen Spannungsverhältnis mit der Verfassung. An der Harmonisierung des Binnenmarktes wird dies ebenso deutlich wie an der Konvergenz von nationalem und unionalem Grundrechtsschutz oder an der weitgehenden Nivellierung der Rechtsstellung von Staatsangehörigen und Unionsbürgern anderer Mitgliedstaaten.

3. Die nationalen Verfassungen der Mitgliedstaaten sind mehr oder weniger explizit dem Konzept der offenen Staatlichkeit verpflichtet. Sie ermächtigen damit zu einer weitgehenden Rücknahme ihrer Maßstäblichkeit in Ansehung des Unionsrechts, ohne die die europäische Integration nicht funktionieren könnte. Die nationalen Verfassungen sind auch grundsätzlich offen für die Rezeption des europäischen Rechts, seiner Wertungen sowie der Rechtsprechung der zu seiner Auslegung berufenen Gerichte. Es ist (auch) Aufgabe der Verfassungsgerichte, diese Rezeption zu ermöglichen und dogmatisch zu bewältigen.

4. Die Verfassungen der Mitgliedstaaten bleiben entscheidende Grundlage für die Mitgliedschaft des jeweiligen Staates in der Europäischen Union und im Europarat und enthalten, wenn auch in unterschiedlichem Umfang, Anforderungen und Grenzen für diese Mitgliedschaft. Auch insoweit ist es Aufgabe der Verfassungsgerichte, dafür zu sorgen, dass die spezifischen Grundentscheidungen der einzelnen Verfassung nicht über das von dieser zugelassene Maß hinaus erodieren. Indem sie die verfassungsrechtlichen Grenzen der

Integration gewährleisten, wirken die Verfassungsgerichte notgedrungen retardierend. Das kann sich aber auch rationalisierend und akzeptanzfördernd auswirken.

5. Die Europäische Union stellt sich nicht nur als Staaten-, Verfassungs-, Rechtsetzungs-, Verwaltungs- und Gerichtsverbund dar, in dem die europabezogenen Verfassungsfunktionen in kooperativem Zusammenwirken von unionaler und nationaler Ebene wahrgenommen werden. Sie ist auch Verfassungsgerichtsverbund, in dem die Verfassungs- und Obergerichte der Mitgliedstaaten sowie der Gerichtshof der Europäischen Union und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zusammenwirken. In diesem Verfassungsgerichtsverbund sind die nationalen Verfassungs- und Obergerichte nach Maßgabe ihres jeweiligen Prozessrechts vor allem bei der Weiterentwicklung des Primärrechts gefordert sowie mit Blick auf die Verwirklichung des in den Verträgen niedergelegten Integrationsprogramms.

6. In der Praxis des Bundesverfassungsgerichts haben sich vor allem zwei Kontrollansätze herausgebildet, die sich – mutatis mutandis – auch in der Rechtsprechung zahlreicher anderer Verfassungs- und Obergerichte finden: die Identitätskontrolle (zu der auch die Gewährleistung des von der nationalen Verfassung geforderten Mindestmaßes an Grundrechtsschutz gehören dürfte) sowie die Ultra-vires-Kontrolle. Ihre Anwendung ist eine ultima ratio und steht unter dem Gebot der Europarechtsfreundlichkeit.

Петер М. ХУБЕР
Судья Федерального Конституционного суда Германии

1. Задачей конституционных судов является реализовывать закрепленные в Конституции принципиальные решения – основные права и свободы, демократию, правовую, социальную, федеративную и экологически направленную государственность и способствовать тому, чтобы они действительно формировали и могли формировать политическую, социальную и экономическую реальность общества, составляющего государство. Таким образом, конституционные суды, в указанном Конституцией объеме, одновременно обеспечивают и единство (национального) правопорядка. С материально-правовой точки зрения это гарантируется верховенством конституции, с процессуальной – путем ограничения полномочий конституционных судов, в значительной мере, лишь Конституцией в качестве мерила.

2. Европейская интеграция является для конституционного права вообще и для конституционных судов в частности серьезным вызовом. Она создала частичный правопорядок, общий для всех государств – членов Европейского Союза и, в принципе, имеющий приоритет над нормами национального законодательства, который, судя по имеющейся тенденции, направлен на то, чтобы ограничить и преодолеть формирование единства, заданного национальной конституцией, и ввиду этого находится в структурном конфликте с конституцией. На примере гармонизации внутреннего рынка это видно так же отчетливо, как и на примере конвергенции защиты прав человека на национальном уровне и на уровне ЕС, или же на обширном выравнивании правового положения граждан отдельного государства и граждан Евросоюза из других стран-членов.

3. Национальные конституции государств-членов в большей или меньшей степени явно привержены концепции открытой государственности. Таким образом, в отношении права ЕС, они дают право на далеко идущий отказ от своей роли мерила, без которого европейская интеграция не могла бы функционировать. Национальные конституции также принципиально открыты для рецепции Европейского права, его ценностей и судебной практики судов, призванных к его толкованию. Задачей конституционных судов является (также) предоставление возможности для подобной рецепции и ее догматическое осуществление.

4. Конституции государств-членов продолжают оставаться решающей основой для членства соответствующего государства в Европейском Союзе и в Совете Европы и содержат, хотя и в различной степени, требования и границы для этого членства. Ввиду этого к задачам конституционных судов относится и обеспечение того, чтобы специфические принципиальные решения отдельной конституции не размывали

установленные ею же границы. Гарантируя соблюдение конституционно-правовых границ интеграции, конституционные суды поневоле действуют замедляюще. Это может иметь, однако, рационализирующее и способствующее повышению приемлемости действие.

5. Европейский Союз являет собой не только государственный, конституционный, правотворческий, административный и судебный союз, в котором относящиеся к Европе конституционные функции осуществляются в совместном взаимодействии на уровне ЕС и национальном уровне. Он является одновременно и союзом конституционных судов, в котором взаимодействуют конституционные и верховные суды государств-членов, а также Суд Европейского Союза и Европейский суд по правам человека. В этом союзе конституционных судов национальные конституционные и верховные суды востребованы, согласно соответствующему процессуальному праву, прежде всего при дальнейшем развитии первичного права, а также при осуществлении закрепленной в договорах программы интеграции.

6. В практике Федерального конституционного суда были сформированы, прежде всего, две концепции контроля, которые, с соответствующими изменениями, присутствуют и в судебной практике многих других конституционных и верховных судов: контроль идентичности (к которому, по-видимому, относится и обеспечение требуемой национальной конституцией минимальной меры защиты прав человека) и контроль превышения полномочий (*ultra vires*). Их применение является крайней мерой и подчиняется принципу приверженности Европейскому праву.



Troisième séance du XVI^e Congrès / Third session of the XVIth Congress /
Dritte Sitzung des XVI. Kongresses / Третье заседание XVI Конгресса

Sous-thème « L'influence réciproque des cours constitutionnelles »

Sub-theme “Interaction between Constitutional Courts”

Subthema „Wechselwirkungen zwischen Verfassungsgerichten“

Подтема «Взаимодействие между конституционными судами»

**DISCOURS D'IMPULSION / INPUT PAPERS/
IMPULSREFERATE / КРАТКИЕ ДОКЛАДЫ**

Français / French / Französisch / французский

Anglais / English / Englisch / английский

Allemand / German / Deutsch / немецкий

Russe / Russian / Russisch / русский

Gaetano SILVESTRI
Président de la Cour constitutionnelle de la République d'Italie et
Président de la troisième session du XVI^e Congrès

Introduction

Il existe un lien entre la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et les « traditions constitutionnelles communes » des États membres de la Communauté européenne (Union européenne maintenant) depuis le Traité de Maastricht. Cette expression figure dans la Charte européenne des droits fondamentaux proclamée à Nice en 2000 et se retrouve dans l'article 6 du Traité de Lisbonne qui prévoit l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme.

L'influence mutuelle entre Cours constitutionnelles ne se limite pas à l'abondance ou la confluence de ces traditions dans les traités européens et la jurisprudence de la Cour européenne de justice – relations avec la Cour européenne des droits de l'homme incluses - mais s'inscrit maintenant dans des circuits de communication directs et horizontaux.

Il s'agit d'un processus de « fertilisation » réciproque qu'il faut désormais intégrer de manière adéquate dans la jurisprudence des cours et tribunaux constitutionnels des États européens; on en discerne toutefois les premiers signes prometteurs dans les décisions rendues par les organes de la justice constitutionnelle, lesquelles se réfèrent à des arrêts prononcés par d'autres juridictions constitutionnelles.

A titre d'exemple, je rappellerai ici certaines décisions rendues ces dernières années par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand, le Tribunal constitutionnel espagnol et la Cour constitutionnelle italienne.

Dans les arrêts qu'a prononcés le Tribunal constitutionnel fédéral allemand les 13 mars 2007, 11 mars 2008 et 12 septembre 2012 figurent des références à des arrêts du Conseil Constitutionnel français alors que l'arrêt du 30 juin 2009 (appelé « *Lissabon Urteil* ») mentionne la Cour constitutionnelle tchèque. Dans son jugement du 14 janvier 2014 (sur les opérations monétaires sur titres – OMT), le *Bundesverfassungsgericht* allemand cite des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles de la France, de l'Irlande, de l'Italie, de la Lettonie, de la Pologne, de la Suède, de l'Espagne et de la République tchèque. Dans certaines affaires – arrêts des 27 juillet 2007 et 6 juillet 2010 – il fait référence à des juridictions non constitutionnelles : la première décision cite notamment des affaires sur lesquelles ont statué la Cour administrative de l'Angleterre et du Pays de Galles (Haute Cour de Justice – Division du Banc de la Reine), le Conseil d'État français, le Conseil d'État italien et le *Rechtbank's Gravenhage* des Pays-Bas.

Certaines décisions émanant des juridictions constitutionnelles européennes mentionnent des arrêts rendus par des Cours constitutionnelles non européennes : voyez les arrêts du Tribunal constitutionnel espagnol du 6 novembre 2012 (mentionnant la Cour Suprême des États-Unis) et du 5 décembre 2013 faisant référence aux Cours Suprêmes américaine et canadienne. Dans un arrêt rendu par ce même Tribunal le 31 janvier 2013, un avis divergent s'appuie sur une décision du Tribunal constitutionnel allemand.

Dans son arrêt N° 1 du 13 janvier 2014, la Cour constitutionnelle italienne fait expressément référence à une décision du Tribunal constitutionnel allemand.

Cela montre donc bien une tendance croissante ces dernières années à utiliser des références réciproques qui concernent des questions cruciales telles que la protection des droits fondamentaux et la limitation de la perte de souveraineté des États due au droit européen, notamment pour ce qui touche le rôle des parlements ou les expressions de la souveraineté des peuples des États membres individuels.

Comment les choses évolueront est difficile à dire. Il est néanmoins clair que le processus de communication « horizontale » recèle un fort potentiel dans lequel les Cours individuelles devraient continuer à puiser dans les années à venir.

Gaetano SILVESTRI
President of the Constitutional Court of the Republic of Italy and
Chairman of the third session of the XVIth Congress

Introduction

The protection of fundamental rights in the European Union has been linked to the “common constitutional traditions” of the Member States of the European Community (today, Union) since the Maastricht Treaty. The notion appears in the European Charter of Fundamental Rights, proclaimed in Nice in 2000, and again in Article 6 of the Lisbon Treaty, which provides for the Union’s accession to the European Convention on Human Rights.

The reciprocal influences between Constitutional Courts is not limited to the affluence or confluence of these traditions into the European Treaties and the case law of the European Court of Justice – including in its relations with the European Court of Human Rights – but now finds direct and horizontal channels of communication.

The process is one of reciprocal “fertilisation”, which is yet to be adequately developed in the case law of the Constitutional Courts/Tribunals of European states; however, it is already possible to find the first interesting signs of this process in the judgments of organs of constitutional justice which refer to judgments issued in other constitutional jurisdictions.

I recall, by way of example, some judgments of recent years by the German Federal Constitutional Tribunal, the Spanish Constitutional Tribunal, and the Italian Constitutional Court.

The Judgments handed down by the German Federal Constitutional Tribunal on 13 March 2007, 11 March 2008, and 12 September 2012 contain references to judgments of the French *Conseil Constitutionnel*, while the Judgment of 30 June 2009 (the “*Lissabon Urteil*”) mentions the Czech Constitutional Court. In the Judgment of 14 January 2014 (on Outright Monetary Transactions – OMTs), the German *Bundesverfassungsgericht* cites decisions given by the constitutional justice organs of France, Ireland, Italy, Latvia, Poland, Sweden, Spain, and the Czech Republic. In some cases – Judgments of 27 July 2007 and 6 July 2010 – the German Constitutional Tribunal referred to non-constitutional jurisdictional organs: in particular, the first decision cites cases decided by the English Administrative Court (High Court of Justice – Queen’s Bench Division), the French *Conseil d’État*, the Italian State Council and the Netherlands’ *Rechtbank’s Gravenhage*.

Some decisions handed down by European organs of constitutional justice cite judgments issued by non-European Constitutional Courts: see the Spanish Constitutional Tribunal’s

Judgments of 6 November 2012 (which mentioned the US Supreme Court), and 5 December 2013, which referred to the Supreme Courts of the US and Canada. In the Spanish Constitutional Tribunal's Judgment of 31 January 2013, a dissenting opinion refers to a decision of the German Constitutional Tribunal.

In Judgment N. 1 of 13 January 2014, the Italian Constitutional Court made express reference to a decision of the German Constitutional Tribunal.

As can be seen, therefore, in recent years reciprocal references have tended to increase, and concern crucial matters such as the protection of fundamental rights and the limits to the compression of State sovereignty deriving from EU law, especially as regards the role of parliaments, expressions of the sovereignty of the peoples of individual Member States.

It is difficult to predict future developments. However, it is clear that the process of "horizontal" communication bears much potential, which individual Courts should further pursue in the near future.

Gaetano SILVESTRI
Präsident des Verfassungsgerichtshofes der Republik Italien und
Vorsitzender der dritten Sitzung des XVI. Kongresses

Einleitung

Seit dem Vertrag von Maastricht ist der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Union an die "gemeinsamen Verfassungstraditionen" der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft (heute Union) geknüpft. Dieser Begriff findet sich in der im Jahr 2000 in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union ebenso wie in Artikel 6 des Vertrags von Lissabon über den Beitritt der Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention.

Die wechselseitige Beeinflussung von Verfassungsgerichten beschränkt sich nicht auf den Einfluss und Zufluss dieser Traditionen in die europäischen Verträge und in die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union – auch in seinen Beziehungen zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte – sondern findet nunmehr auch über direkte und horizontale Kommunikationskanäle statt.

Bei diesem Prozess handelt es sich um eine wechselseitige „Befruchtung“, der in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte der europäischen Staaten noch keinen ausreichenden Niederschlag gefunden hat; allerdings lassen sich bereits die ersten Anzeichen dieses Prozesses in den Urteilen der Organe der Verfassungsgerichtsbarkeit erkennen, welche sich auf Urteile anderer Verfassungsgerichtsbarkeiten beziehen.

Ich erinnere beispielsweise an eine Reihe Entscheidungen jüngeren Datums des deutschen Bundesverfassungsgerichts, des spanischen sowie des italienischen Verfassungsgerichts.

Die Urteile des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 13. März 2007, 11. März 2008 und 12. September 2012 beinhalten Verweise auf Urteile des französischen *Conseil Constitutionnel*, während das Urteil vom 30. Juni 2009 ("*Lissabon Urteil*") den tschechischen Verfassungsgerichtshof erwähnt. In seinem Urteil vom 14. Januar 2014 (*Outright Monetary Transactions, OMTs*) zitiert das deutsche Bundesverfassungsgericht Entscheidungen der Organe der Verfassungsgerichte Frankreichs, Irlands, Italiens, Lettlands, Polens, Schwedens, Spaniens und der Tschechischen Republik. In einigen Fällen – den Urteilen vom 27. Juli 2007 und 6. Juli 2010 – verwies das deutsche Verfassungsgericht auf andere, der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht zurechenbare Organe: im Besonderen zitiert die erstere Entscheidung Fälle, die dem englischen *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*, dem französischen *Conseil d'État*, dem italienischen Staatsrat und dem niederländischen *Rechtbank's Gravenhage* zur Entscheidung vorlagen.

Einige Entscheidungen von Organen europäischer Verfassungsgerichtsbarkeit zitieren Urteile nicht-europäischer Verfassungsgerichte: etwa die Urteile des spanischen Verfassungsgerichts vom 6. November 2012 (in welchem sich eine Erwähnung des Supreme Court der Vereinigten Staaten findet) und vom 5. Dezember 2013, welches auf die Höchstgerichte der Vereinigten Staaten und Kanadas Bezug nimmt. Im Urteil des spanischen Verfassungsgerichts vom 31. Januar 2013 wird in einer abweichenden Meinung auf eine Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts verwiesen.

Im Urteil Nr. 1 vom 13. Januar 2014 verwies das italienische Verfassungsgericht ausdrücklich auf eine Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts.

Man erkennt also, dass die Zahl der wechselseitigen Verweise in jüngster Zeit tendenziell zugenommen hat. Diese betreffen Kernfragen wie den Schutz der Grundrechte sowie die Grenzen der sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Beschneidung staatlicher Souveränität, vor allem in Hinblick auf die Rolle der Parlamente als Ausdruck der nationalen Souveränität der einzelnen Mitgliedsstaaten.

Die zukünftigen Entwicklungen sind schwer vorhersehbar. Klar ist allerdings, dass der Prozess der „horizontalen“ Kommunikation ein großes Potential beinhaltet, welches die einzelnen Gerichte in naher Zukunft verstärkt ausschöpfen sollten.

Гаэтано СИЛЬВЕСТРИ
Председатель Конституционного суда Итальянской Республики и
председательствующий третьего заседания XVI Конгресса

Вступление

С момента подписания Маастрихтского договора защита основных прав в Европейском Союзе связана с «общими конституционными традициями» членов – государств Европейского Сообщества (ныне – Союза). Это понятие встречается в Хартии Европейского Союза об основных правах, принятой в Ницце в 2000 году, а также в статье 6 Лиссабонского договора, которая предусматривает присоединение ЕС к Европейской конвенции по правам человека.

Взаимовлияние между конституционными судами не ограничивается влиянием и излиянием этих традиций в Европейские договоры и судебную практику Суда Европейского Союза, в том числе в его отношениях с Европейским судом по правам человека, но и находит теперь прямые и горизонтальные каналы коммуникации.

Процесс является одним из взаимных «оплодотворений», который еще не нашел достаточного отражения в судебной практике конституционных судов европейских государств; однако уже сейчас первые интересные знаки этого процесса ощущаются в решениях органов конституционного правосудия, которые ссылаются на решения, вынесенные другими конституционными судами.

Я напомним, к примеру, о некоторых решениях последних лет, вынесенных Федеральным конституционным судом Германии, Конституционным судом Испании и Конституционным судом Италии.

Решения, вынесенные Федеральным конституционным судом Германии 13 марта 2007 года, 11 марта 2008 года и 12 сентября 2012 года содержат ссылки на решения Конституционного совета Франции, в то время как в решении от 30 июня 2009 года ("*Lissabon Urteil*") упоминается Конституционный суд Чешской Республики. В своем решении от 14 января 2014 года («Прямые денежные операции» – ОМТ) Федеральный конституционный суд Германии приводит решения, принятые органами конституционной юстиции Ирландии, Испании, Италии, Латвии, Польши, Франции, Чешской Республики и Швеции. В некоторых случаях – решениях от 27 июля 2007 года и от 6 июля 2010 года – Конституционный суд Германии сослался на судебные органы, не относимые к конституционному правосудию: в частности, в первом решении содержатся ссылки на дела, рассмотренные Высоким судом справедливости

(Отделением королевской скамьи), Государственным советом Франции, Государственным советом Италии и Верховным судом Нидерландов.

Некоторые решения, принятые европейскими органами конституционной юстиции, ссылаются на постановления, вынесенные неевропейскими конституционными судами: например, решения Конституционного суда Испании от 6 ноября 2012 года (в котором упоминается Верховный суд США) и от 5 декабря 2013 года, содержащее ссылки на Верховные суды США и Канады. В решении Конституционного суда Испании от 31 января 2013 года в особом мнении упоминается решение Конституционного суда Германии.

В Решении № 1 от 13 января 2014 года Конституционный суд Итальянской Республики прямо сослался на решение Конституционного суда Германии.

Как вытекает из вышеизложенного, в последние годы количество взаимных ссылок имело тенденцию к увеличению. Они касаются ключевых вопросов, таких как защита основных прав и свобод, границы ущемления государственного суверенитета, вытекающего из законодательства ЕС, особенно в отношении роли парламентов, являющихся символом национального суверенитета отдельных членов-государств.

Прогнозировать будущие события сложно. Однако ясно, что процесс «горизонтальной» коммуникации несет в себе значительный потенциал, который отдельным судам следует усиленно развивать в ближайшем будущем.

Guy CANIVET
Membre du Conseil constitutionnel de la République française

1. Rapportée au thème général de « La coopération entre Cours constitutionnelles en Europe », l'influence que ces cours exercent réciproquement les unes sur les autres désigne une relation qui n'est ni normative ni même formalisée, au sein d'un groupe de juridictions souveraines dans leurs ordres juridiques respectifs et qui communiquent entre elles sans rapport de suprématie. Dans ce contexte, « influencer » suggère l'action d'infléchir ou d'orienter des comportements, des doctrines ou des décisions par un phénomène d'emprunt, d'imitation ou de convergence, sans que cette incitation soit directive. Ainsi précisé, le sujet peut se décliner en trois modes d'impulsion coopérative : la diffusion des modèles, la circulation des décisions et la congruence des doctrines.

2. **(I) La diffusion des modèles de cours constitutionnelles** - Très largement, le constitutionnalisme européen résulte de la diffusion, en vagues successives à partir de 1920, de modèles de cours constitutionnelles et de leur adaptation à des contextes historiques et à des traditions juridiques diversifiées. Cette propagation a porté sur les modalités du contrôle de constitutionnalité, le pouvoir des cours, leur position institutionnelle, leur organisation, leurs procédures, mais encore sur les techniques d'interprétation des normes fondamentales et de contrôle de constitutionnalité. Il en résulte des racines communes qui favorisent la communication.

3. S'agissant des techniques qui se sont répandues d'une cour à l'autre par un mécanisme d'influence croisée, on peut citer celle de la réserve d'interprétation, qui permet d'imposer à la loi, fût-ce par correction, une interprétation conforme à la Constitution ; celle du contrôle de proportionnalité, qui concilie les droits fondamentaux entre eux ou avec des objectifs d'intérêt général ; la théorie du droit vivant, qui vise à résoudre les conflits d'interprétations concurrentes de la loi entre juge constitutionnel et juge ordinaire ou encore celle du « self restraint », destinée à respecter le pouvoir du législateur ou du constituant. Ainsi se dégagent des standards de concrétisation des principes fondamentaux. Le recours plus ou moins intense au droit constitutionnel comparé est l'une de ces méthodes d'interprétation dont nous partageons aujourd'hui l'expérience.

4. **(II) La circulation des solutions** – L'influence réciproque de la jurisprudence des cours constitutionnelles suppose la circulation des décisions ; elle est conditionnée par l'autorité universelle et persuasive qui leur est reconnue. La référence à la décision d'une autre cour peut concerner soit la solution donnée soit l'interprétation qu'elle fait d'un droit ou d'une liberté.

5. La circulation des solutions permet la recherche de positions convergentes sur l'application des droits fondamentaux aux grandes questions de sociétés, au sein de démocraties partageant des valeurs communes. Il est, à cet égard, intéressant d'examiner les décisions rendues par chacune des cours, par exemple, sur l'interruption volontaire de grossesse, sur le mariage entre personnes de même sexe, sur les expériences sur l'embryon ou à propos des lois anti-terroristes. Chacune de cours, lorsqu'elle est saisie d'une question universelle, ne peut se dispenser d'examiner la solution donnée par ses homologues.

6. D'une nature un peu différente est l'influence réciproque qu'exercent les jurisprudences des cours constitutionnelles quant à l'interprétation des droits fondamentaux. A cet effet, la réception d'une décision étrangère suppose l'examen contextualisé de ses fondements juridiques et de sa motivation. Ici est en jeu la force argumentaire du raisonnement, l'autorité de la Cour qui l'a tenu et le rayonnement international de celle-ci.

7. A propos de la référence, par une cour constitutionnelle, à la jurisprudence d'une autre, est parfois mise en doute la légitimité d'une telle démarche de la part de juridictions souveraines dont la fonction est d'assurer le respect d'une Constitution dans un ordre juridique national. Vient ensuite la question de son utilité ; elle s'apprécie en fonction des types de cas à décider, de la position réciproque des cours concernées en fonction de leur ancienneté, de leur proximité, de la tradition juridique ou de la communauté linguistique à laquelle elles appartiennent. Doit encore être interrogée la finalité de la démarche comparative : situer la question dans un cadre européen ou mondial, poser un repère, justifier une solution, suivre la même logique de raisonnement dans l'interprétation d'une règle comparable ou s'assurer de la validité d'une décision et de sa cohérence avec ce qui est jugé par d'autres cours ?

8. Quant à la méthode d'invocation d'une jurisprudence étrangère, est d'abord à examiner la pratique juridictionnelle qui la met en œuvre : la jurisprudence étrangère doit-elle nécessairement être invoquée par les parties ou peut-elle l'être à l'initiative du juge ? Qui choisit les précédents pertinents et leur portée est-elle soumise à débat ? Est encore à envisager le type de raisonnement par lequel la décision étrangère s'insère dans le processus décisionnel : la référence est-elle masquée ou explicite, quel est son rôle, décisoire ou non, dans le mécanisme argumentaire ? Enfin, dernière interrogation, pour être crédible, une telle démarche, nécessite-t-elle une formation en droit comparé, doit-elle mobiliser la science comparative académique et sous quelle forme ?

9. **(III) La congruence des doctrines** – Au sein de l'Union européenne, les décisions que les cours des Etats membres rendent à propos des relations entre les constitutions nationales et le droit européen méritent une attention particulière. Chacune de ces cours est en effet invitée, selon des processus différents, à se prononcer sur la compatibilité de leurs constitutions respectives avec les traités européens. De même, la plupart d'entre elles

prennent position sur la primauté du droit de l'Union à l'égard des normes fondamentales nationales. Toutes ces cours assurent le contrôle de constitutionnalité du droit interne de transposition du droit de l'Union européenne. Lorsqu'elle se prononce sur de telles questions, une cour constitutionnelle examine évidemment avec attention les positions prises par ses homologues sur le même sujet. Par le cumul des décisions successivement rendues, se construit progressivement une doctrine d'équilibre entre l'intégration européenne et le respect des ordres constitutionnels nationaux. L'influence réciproque des cours constitutionnelles produit ici des effets substantiels puisqu'elle dessine une position générale d'ensemble des ordres juridiques nationaux à l'égard de l'ordre juridique communautaire. L'un des aspects de cet enjeu est la faculté que se donnent les cours constitutionnelles de se référer au pouvoir d'interprétation du droit de l'Union préjudicielle réservé à la Cour de justice. La même observation peut être faite en ce qui concerne la position d'ensemble des cours constitutionnelles à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

10. A cet égard, la communication entre les cours constitutionnelles nationales sur l'élaboration des doctrines constitutionnelles relative à l'intégration européenne est-elle suffisante ? Devrait-elle être plus active ? Pourrait-elle donner lieu à concertation ? A l'élaboration de politiques jurisprudentielles communes ?

11. **Conclusion** - A l'évidence, l'existence de relations coopératives entre cours constitutionnelles exige des supports logistiques. L'accessibilité des décisions en est le premier. Faut-il les traduire dans les principales langues européennes et les mettre en ligne ? Les bases de données existantes, en particulier la Base CODICES de la Commission de Venise, sont-elles opérationnelles ? Les cours sont-elles dotées de services de recherche leur permettant d'accéder utilement à ces données comparées ? Ces services communiquent-ils habituellement entre eux ? Devrait-on œuvrer pour la création d'un service documentaire commun aux cours constitutionnelles européennes ? Les relations entre ces cours, bilatérales ou multilatérales, les occasions de rencontre, de réflexion commune, de concertation sont-elles à renforcer ? Faudrait-il plus d'échanges entre les juges ? Est-il envisageable de les faire circuler d'une cour à l'autre ? Telles sont les questions qui me semblent pouvoir être abordées lors du débat qui s'ouvre maintenant.

Guy CANIVET
Member of the Constitutional Council of the French Republic

1. Within the framework of the general theme of “Cooperation between Constitutional Courts in Europe”, the mutual influence of these courts can be described as a relationship, neither normative nor formalized in nature, among a group of sovereign judicial bodies operating within their respective legal systems and communicating with each other on an equal footing. In this context, “influence” implies that behavioural patterns, doctrines or decisions are guided or orientated through a phenomenon of adoption, imitation or convergence, but are not bound to follow a certain direction. Thus, the subject matter can be looked at from the viewpoint of three modes of cooperative interaction: the dissemination of models, the circulation of decisions, and the congruence of doctrines.

2. **(I) The dissemination of constitutional court models** – By and large, European constitutionalism is the result of the dissemination of constitutional court models, starting in 1920 and proceeding in successive waves, and their adaptation to the historical context and the judicial traditions of the countries concerned. This evolution had an impact on the modalities by which laws are reviewed for their constitutionality, the power of courts, their institutional position, their organization, their procedures, as well their interpretation of basic norms and the review of constitutionality. Hence, there are common roots that facilitate communication.

3. Among the methods that have become widespread among constitutional courts through mutual influences, some are to be mentioned here: the interpretation reservation, which allows the court to enforce an interpretation of the law, possibly through corrective measures, that is in conformity with the Constitution; the proportionality check, which reconciles fundamental rights with each other or with objectives of general interest; the theory of the living law, which aims at resolving conflicts of interpretation arising between a constitutional judge and a judge at a court of law; or the theory of “self-restraint”, according to which the power of the legislator or the constitution builder is to be respected. Thus, standards develop for the concrete implementation of fundamental principles. Having recourse to comparative constitutional law more or less frequently is one of the methods of interpretation which will be the subject of our exchange of experience here today.

4. **(II) The circulation of decisions** – The mutual influence of the case law of constitutional courts presupposes the circulation of their decisions; it is based on the universally recognized and authoritative nature of these decisions. A reference to a decision taken by another court may concern either the decision itself or the interpretation of a law or a fundamental freedom.

5. The circulation of decisions enables the courts to search for shared positions regarding the applicability of fundamental rights to the major issues of society in democracies with shared values. In this context, it is interesting to examine the decisions taken by the individual courts on issues such as abortion, same-sex marriage, human embryo research or anti-terror laws. When confronted with a question of universal significance, no constitutional court can refrain from examining the decisions taken by other constitutional courts.

6. The mutual influence of the case law of constitutional courts regarding the interpretation of fundamental rights is of a slightly different nature. The reception of a decision taken by a foreign court presupposes a context-related examination of its legal basis and its reasons. The power of conviction of the reasons given by the court, the reputation of the Court having taken the decision and its international influence play a role in this context.

7. When a constitutional court refers to the case law of another constitutional court, the legitimacy of such an approach is sometimes put into question, as the function of a sovereign court is to ensure the respect of the Constitution within a national legal system. Hence, the question of usefulness arises, which is to be considered in light of the type of case to be decided and the mutual relationship of the courts concerned, which in turn depends on their seniority, their proximity, their legal traditions and the linguistic group they belong to. Finally, the purpose of the comparative approach needs to be taken into consideration: Should the question be examined within a European or international framework, is it to serve as a point of reference or to justify a solution, should the same logic be followed in the interpretation of a comparable provision, or should the validity of a decision and its coherence with decisions taken by other courts be ensured?

8. As regards the manner in which foreign case law is referred to, we first need to look at the judicial practice of the country concerned: Is it up to the parties to refer to foreign case law or can the judge do so on his/her own initiative? Who selects the appropriate precedents and can their applicability be a controversial issue? What are the considerations underlying the inclusion of a foreign decision in the decision-making process? Is the reference implicit or explicit, and what is its function in the line of argumentation – regardless of whether it has a determining influence on the decision or not? And finally, one last question arises: for such an approach to be credible, should the judge concerned have some training in comparative law, should comparative legal studies have a role to play?

9. **(III) The congruence of doctrines** – Within the European Union, the decisions taken by the courts of the Member States regarding the relations between national constitutions and European law deserve our special attention. Each constitutional court is called upon, by different procedures, to rule on the compatibility of its national constitution with the European treaties. In the same way, the majority of constitutional courts pronounce on the primacy of European Union law over the fundamental, national legal standards. All

constitutional courts review the national legal provisions transposing Union law for their constitutionality. When pronouncing on such questions, a constitutional court thoroughly examines the positions taken by other constitutional courts on the same subject. As other decisions are being taken on a similar issue, a legal doctrine will evolve which is based on a balance between European integration and the respect of constitutional systems. Thus, the mutual influence of constitutional courts produces substantive effects, as it leads to a general position shared by the national legal systems regarding the Community legal system. One of the points at issue here is the possibility for constitutional courts to refer to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling. The same observation can be made regarding the position of all constitutional courts vis-à-vis the European Convention on Human Rights and the case law of the European Court of Human Rights.

10. In this context, the question arises if there is sufficient communication between the national constitutional courts on the elaboration of constitutional doctrines relating to European integration. Should there be more active communication? Could it lead to coordination between constitutional courts or to the development of common judicial policies?

11. **Conclusion** – It goes without saying that for cooperation between constitutional courts to work in practice, logistic support is essential. Access to the decisions is the first and foremost prerequisite. Should the texts be translated into the main European languages and made available online? Are the existing databases, especially the CODICES Database of the Venice Commission, sufficiently operational? Do the courts have the necessary search services that allow them to access comparative data in a meaningful way? Do these services communicate with each other? Should efforts be made to create a common documentation service of the European constitutional courts? Should the bilateral and multilateral relations between the courts be strengthened, should there be more opportunities for judges to meet, to engage in a process of shared reflection and to coordinate with each other? Should there be a more intensive exchange among the judges? Would a system of rotation for judges be conceivable? Those are the questions that could be taken up during the discussion which will now be opened.

Guy CANIVET
Mitglied des Verfassungsrates der Französischen Republik

1. Im Rahmen des Generalthemas „Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa“ bezeichnet der gegenseitige Einfluss dieser Gerichte eine Beziehung, die weder normativer Natur noch in irgend einer Weise formalisiert ist, geht es doch um eine Gruppe von unabhängigen Gerichtsbarkeiten, die in ihre jeweiligen Rechtsordnungen eingebettet sind, und die untereinander auf Augenhöhe kommunizieren. In diesem Zusammenhang suggeriert „beeinflussen“ die Bestrebung, Verhaltensweisen, Lehrmeinungen oder Entscheidungen durch Übernahme, Nachahmung oder Konvergenz ab- oder umzulenken, ohne dass dieser Anstoß bestimmend wäre. Nach dieser Präzisierung kann das Thema mit der Beschreibung von drei Formen kooperativer Wechselwirkungen abgehandelt werden: der Verbreitung der Verfassungsgerichtsmodelle, der Zirkulation der Entscheidungen und der Kongruenz der Dogmatik.

2. **(I) Die Verbreitung der Verfassungsgerichtsmodelle** – Ganz allgemein ist der europäische Konstitutionalismus das Ergebnis der ab 1920 in aufeinanderfolgenden Wellen erfolgten Verbreitung von Verfassungsgerichtsmodellen und ihrer Anpassung an historische Kontexte sowie an unterschiedliche Rechtstraditionen. Diese Verbreitung hat sich auf die Arten der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit, die Befugnisse der Gerichte, ihre Position unter den öffentlichen Institutionen, ihre Organisation, ihre Verfahren, aber auch auf die Art und Weise, wie sie grundlegende Normen ausgelegt und die Verfassungsmäßigkeit geprüft haben, erstreckt. Daraus ergeben sich gemeinsame Wurzeln, welche die Kommunikation begünstigen.

3. Was die Verfahrenstechniken betrifft, die durch die Wechselwirkung zwischen den Verfassungsgerichten verbreitet wurden, kann man anführen: den Interpretationsvorbehalt, auf Grund dessen es möglich ist – und sei es durch eine Korrektur – die verfassungsgemäße Interpretation eines Gesetzes durchzusetzen; die Prüfung der Verhältnismäßigkeit, bei der die Grundrechte untereinander oder mit Zielsetzungen von allgemeinem Interesse in Einklang gebracht werden; die Theorie des „lebendigen Rechts“, die darauf abzielt, das Problem unterschiedlicher Auslegungen eines Gesetzes durch einen Verfassungsrichter und den Richter eines ordentlichen Gerichtes zu lösen; oder auch die Theorie des „self restraint“, der zufolge gesetzgebende und verfassunggebende Gewalt geachtet werden sollen. So entwickeln sich Standards für die Konkretisierung der grundlegenden Prinzipien. Der mehr oder weniger häufige Rückgriff auf das vergleichende Verfassungsrecht ist eine dieser Auslegungsmethoden, über deren Erfahrungen wir uns heute austauschen.

4. **(II) Die Zirkulation der Entscheidungen** – Ein gegenseitiger Einfluss der Judikatur der Verfassungsgerichte setzt voraus, dass die Erkenntnisse verbreitet werden; bedingt wird er

durch deren anerkannte universelle und überzeugende Maßgeblichkeit. Wenn auf die Entscheidung eines anderen Verfassungsgerichtes Bezug genommen wird, kann dies entweder die Entscheidung selbst oder die Auslegung eines Rechts oder einer Freiheit betreffen.

5. Die Zirkulation der Erkenntnisse ermöglicht die Suche nach einer gemeinsamen Position bei der Anwendung der Grundrechte auf die großen Fragen der Gesellschaft in Demokratien mit gemeinsamen Werten. In diesem Zusammenhang ist es von Interesse, die von den einzelnen Verfassungsgerichten ergangenen Entscheidungen, zum Beispiel zu den Themen Schwangerschaftsabbruch, gleichgeschlechtliche Ehe, Embryonen-Versuche oder Antiterrorgesetze zu untersuchen. Kein Verfassungsgericht, das mit einer allgemeinverbindlichen Frage befasst ist, kann darauf verzichten, die Entscheidungen anderer Verfassungsgerichte zu prüfen.

6. Bei der Auslegung der Grundrechte ist der gegenseitige Einfluss der Judikatur der Verfassungsgerichte ein wenig anders gelagert. Dabei setzt die Rezeption eines ausländischen Erkenntnisses die kontextbezogene Prüfung seiner Rechtsgrundlage und seiner Begründung voraus. Hier spielen die Überzeugungskraft der Argumentation, das Ansehen des Verfassungsgerichtes, von dem die Entscheidung ergangen ist, und sein internationaler Einfluss eine Rolle.

7. Wenn sich ein Verfassungsgericht auf die Judikatur eines anderen Verfassungsgerichtes bezieht, wird manchmal die Legitimität dieser Vorgangsweise einer unabhängigen Gerichtsbarkeit in Zweifel gezogen, ist es doch ihre Aufgabe, die Einhaltung der Verfassung im Rahmen der innerstaatlichen Rechtsordnung zu gewährleisten. Als nächstes stellt sich die Frage nach dem Nutzen einer solchen Vorgangsweise; sie ist nach der Art der zu entscheidenden Rechtssachen, dem gegenseitigen, durch ihre jeweilige Anciennität bestimmten Verhältnis der betroffenen Verfassungsgerichte, nach ihrem Naheverhältnis, ihrer Rechtstradition bzw. der Sprachgruppe, der sie angehören, zu beurteilen. Dann müssen auch noch Sinn und Zweck dieses Rechtsvergleichs hinterfragt werden: will man die Frage in einem europäischen oder globalen Kontext betrachten, ein Zeichen setzen, eine Entscheidung rechtfertigen, derselben Logik bei der Auslegung einer vergleichbaren Norm folgen oder sich der Gültigkeit einer Entscheidung und seiner Übereinstimmung mit den Erkenntnissen anderer Verfassungsgerichte versichern?

8. Bei der Art und Weise, wie ausländische Rechtsprechung anzusprechen ist, muss man erst die zugehörige Rechtspraxis näher betrachten: müssen die Parteien auf die ausländische Judikatur hinweisen oder kann das auch der Richter initiativ tun? Wer wählt die einschlägigen Präzedenzfälle aus und ist ihre Anwendbarkeit eventuell umstritten? Dann sind auch noch die Überlegungen zu berücksichtigen, auf Grund derer die ausländische Entscheidung in den Entscheidungsprozess einfließt: ist die Bezugnahme eine indirekte oder

eine explizite, was ist - unabhängig davon, ob sie entscheidungsbestimmend ist oder nicht - ihre Funktion in der Argumentationskette? Und schließlich stellt sich noch eine letzte Frage: wenn eine solche Vorgangsweise glaubwürdig sein soll, erfordert sie da nicht eine Ausbildung in Sachen Rechtsvergleich, soll dabei auf die vergleichende Rechtswissenschaft zurückgegriffen werden und wenn ja, in welcher Form?

9. (III) Die Kongruenz der Dogmatik – Innerhalb der Europäischen Union verdienen die Erkenntnisse der Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit den Beziehungen zwischen nationalen Verfassungen und europäischem Recht besondere Beachtung. Wenn auch nach unterschiedlichen Verfahren, ist doch jedes Verfassungsgericht in der EU gehalten, über die Vereinbarkeit seiner Verfassung mit den europäischen Verträgen zu entscheiden. Desgleichen beziehen die meisten Verfassungsgerichte Stellung zum Vorrang des Unionsrechts vor den grundlegenden nationalen Rechtsnormen. Alle Verfassungsgerichte gewährleisten die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der innerstaatlichen Rechtsvorschriften zur Umsetzung des EU-Rechts. Wenn ein Verfassungsgericht zu solchen Fragen eine Rechtsmeinung abgibt, prüft es natürlich sorgfältig die Stellungnahmen anderer Verfassungsgerichte zum selben Thema. Durch die Häufung von ähnlich gelagerten Entscheidungen bildet sich nach und nach eine Rechtsdoktrin heraus, die auf dem Gleichgewicht zwischen europäischer Integration und Achtung der nationalen Verfassungsordnungen beruht. Der wechselseitige Einfluss der Verfassungsgerichte hat hier wesentliche Auswirkungen, da er zur Herausbildung einer gemeinsamen Position der nationalen Rechtsordnungen gegenüber der Rechtsordnung der EU führt. Einer der Aspekte in dieser Sache ist die für die Verfassungsgerichte bestehende Möglichkeit, sich auf die Zuständigkeit des EuGH in Auslegungsfragen des Unionsrechts zu berufen. Dieselbe Anmerkung gilt für die Position aller Verfassungsgerichte gegenüber der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

10. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Kommunikation zwischen den nationalen Verfassungsgerichten über die Erarbeitung von Verfassungsdoktrinen in Bezug auf die europäische Integration ausreichend ist. Sollte sie aktiver gestaltet werden? Könnte sie zu einer Abstimmung zwischen den Verfassungsgerichten führen? Zur Entwicklung von gemeinsamen rechtspolitischen Überlegungen?

11. Schlussfolgerung – Es liegt auf der Hand, dass die konkrete Zusammenarbeit zwischen Verfassungsgerichten einer logistischen Unterstützung bedarf. Der Zugang zu den Urteilen und Erkenntnissen ist die erste Voraussetzung dafür. Sollen die Texte in die wichtigsten europäischen Sprachen übersetzt und online gestellt werden? Sind die bestehenden Datenbanken, insbesondere die CODICES-Datenbank der Venedig-Kommission ausreichend funktionsfähig? Verfügen die Verfassungsgerichte über Suchdienste, die es ihnen ermöglichen, nutzbringend auf diese Vergleichsdaten zuzugreifen? Kommunizieren diese

Dienststellen üblicherweise untereinander? Sollte man auf die Schaffung einer gemeinsamen Dokumentationsstelle der europäischen Verfassungsgerichte hinarbeiten? Sollen die bilateralen oder multilateralen Beziehungen zwischen diesen Verfassungsgerichten, Gelegenheiten, einander zu treffen, gemeinsame Überlegungen anzustellen und sich abzusprechen, verstärkt werden? Sollten sich die Richter untereinander mehr austauschen? Ist es vorstellbar, dass sie zwischen den Verfassungsgerichten wechseln? Dergestalt sind die Fragen, die meiner Ansicht nach während der jetzt beginnenden Diskussion angesprochen werden können.

Ги КАНИВЕ

Член Конституционного совета Французской Республики

1. В рамках общей темы «Сотрудничество между конституционными судами в Европе» взаимное влияние этих судов означает взаимоотношения, не обладающие нормативным характером и не формализованные каким-либо способом, внутри группы независимых судебных органов, которые действуют внутри своей правовой системы и общаются между собой на равных. В этой связи «влияние» подразумевает стремление направлять или задавать модели поведения, правовые доктрины или решения путем перенятия, подражания или конвергенции, хотя этот импульс не является определяющим. После данного уточнения тема может быть раскрыта посредством описания трех форм кооперативного взаимодействия: распространения моделей конституционных судов, циркуляции решений и конгруэнции правовых доктрин.

2. **(I) Распространение моделей конституционных судов.** В общем и целом, европейский конституционализм представляет собой результат распространения моделей конституционных судов, происходившего несколькими волнами с 1920 года, и их адаптации к историческому контексту, а также к различным правовым традициям. Это распространение оказало влияние на методы конституционного контроля, полномочия судов, их положение среди государственных институтов, их организацию, их процессы, а также на методы толкования основных норм и конституционного контроля. Таким образом, присутствуют общие корни, благоприятствующие коммуникации.

3. В отношении методов, получивших распространение вследствие взаимодействия между конституционными судами, следует назвать: оговорку толкования, на основании которой есть возможность, хотя бы путем внесения поправок, добиться толкования закона в соответствии с конституцией; проверку соразмерности, в результате которой основные права и свободы приводятся в соответствие между собой или же с целями в общих интересах; теорию «живого права», которая нацелена на то, чтобы решить проблему различной интерпретации закона конституционным судьей или судьей суда общей юрисдикции; или же также теорию «самоограничения» (*self restraint*), согласно которой следует уважать законодательную и учредительную власть. Таким образом разрабатываются стандарты для конкретизации основных принципов. Более или менее частое обращение к сравнительному конституционному праву является одним из этих методов толкования, опытом применения которого мы сегодня обмениваемся.

4. **(II) Циркуляция решений.** Взаимное влияние судебной практики конституционных судов предполагает, что распространяются решения; оно обусловлено их признанным универсальным и убедительным авторитетом. Если делается ссылка на решение другого конституционного суда, то это может касаться либо самого решения, либо толкования права или основной свободы.

5. Циркуляция решений предоставляет возможность поиска общей позиции при применении основных прав к важным общественным вопросам в демократических государствах с общими ценностями. В этой связи представляется интересным изучение решений, принятых отдельными конституционными судами, например, на тему прерывания беременности, однополых браков, экспериментов над эмбрионами или антитеррористических законов. Ни один конституционный суд, занимающийся вопросом универсального значения, не может воздержаться от изучения решений других конституционных судов.

6. Взаимное влияние судебной практики конституционных судов при толковании основных прав и свобод имеет несколько иной характер. Рецепция зарубежного решения предполагает изучение его правового основания и обоснования в существующем контексте. Здесь свою роль играет сила убеждения в аргументации, авторитет конституционного суда, вынесшего решение, а также его международное влияние.

7. Если какой-либо конституционный суд ссылается на судебную практику другого конституционного суда, то иногда ставится под сомнение легитимность подобного действия, производимого независимым судом, ведь его задача состоит в том, чтобы обеспечить соблюдение конституции в рамках национальной правовой системы. Так, встает вопрос о целесообразности такого подхода, который следует рассматривать в зависимости от типа подлежащего разрешению судебного дела, взаимоотношений между соответствующими конституционными судами, определяемыми, в свою очередь, их старшинством, близостью, правовой традицией или принадлежностью к языковой группе. Наконец, необходимо задаться вопросом о цели сравнительного подхода – состоит ли она в рассмотрении определенной проблемы в европейском или глобальном контексте, или в том, чтобы послужить примером, оправдать решение, последовать той же логике при толковании сопоставимой правовой нормы или же удостовериться в силе действия решения и его соответствии решениям других конституционных судов?

8. В отношении способа ссылки на зарубежную правоприменительную практику следует вначале внимательнее присмотреться к соответствующей судебной практике: должны ли стороны процесса указывать на зарубежную практику, или же судья также может сделать это по собственной инициативе? Кто выбирает подходящие прецеденты

и является ли их применимость в определенных случаях спорной? Затем следует также принять во внимание и те соображения, в силу которых зарубежное судебное решение влияет на процесс принятия решения – является ли ссылка косвенной или прямой, какова ее функция в цепочке аргументации, независимо от того, играет она ключевую роль при вынесении решения или нет? И, наконец, возникает последний вопрос: если подобный подход должен быть достоверным, не требует ли он определенного обучения, следует ли обратиться к сравнительному правоведению и, если да, то в какой форме?

9. (III) Конгруэнция правовых доктрин. На территории Европейского Союза решения конституционных судов стран-членов, касающиеся отношений между национальными конституциями и правом ЕС, заслуживают особого внимания. Каждый конституционный суд в ЕС, посредством различных процедур, призван выносить решения о совместимости конституции с европейскими договорами. Таким же образом большинство конституционных судов высказываются о приоритете права ЕС над основными национальными нормами права. Все конституционные суды обеспечивают проверку конституционности норм внутреннего законодательства в целях реализации права ЕС. Если конституционный суд заявляет свое мнение по таким вопросам, то он, естественно, тщательно изучает позиции других конституционных судов на ту же тему. Благодаря скоплению сходных решений постепенно формируется правовая доктрина, которая основывается на равновесии между европейской интеграцией и уважением национального конституционного строя. Взаимное влияние конституционных судов имеет здесь существенные последствия, так как ведет к выработке общей позиции национальных правовых систем по отношению к правопорядку ЕС. Одним из аспектов в этом вопросе является существующая для конституционных судов возможность обратиться в Европейский суд правосудия для толкования права ЕС в рамках преюдициальной процедуры. То же самое относится и к позиции конституционных судов по отношению к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и к судебной практике Европейского суда по правам человека.

10. В этой связи возникает вопрос, является ли общение между национальными конституционными судами относительно выработки конституционных доктрин, касающихся европейской интеграции, достаточным. Должно ли оно быть более активным? Может ли оно привести к согласованию между конституционными судами? Или к развитию совместной политики в области правосудия?

11. Вывод – Очевидно, что конкретное сотрудничество между конституционными судами требует логистической поддержки. Доступ к решениям судов является для этого неизменным условием. Следует ли перевести тексты на основные европейские языки и разместить на сайте? Являются ли существующие базы данных, в частности,

база данных CODICES Венецианской комиссии, достаточно функциональными? Обладают ли конституционные суды поисковыми службами, которые предоставляют им эффективный доступ к этим сравнительным данным? Коммуницируют ли обычно эти службы между собой? Следует ли прилагать усилия для создания общей службы документации для всех европейских конституционных судов? Следует ли укрепить двусторонние и многосторонние взаимоотношения между этими конституционными судами, а также создать больше возможностей для совместных встреч, размышлений и обмена мнениями? Следует ли судьям обмениваться опытом более интенсивно? Возможно ли осуществлять обмен судьями между конституционными судами? Таковы вопросы, которые, по моему мнению, могут быть затронуты во время предстоящего нам сейчас обсуждения.

Stanisław BIERNAT
Vice-Président du Tribunal constitutionnel
de la République de Pologne

1. La terminologie est-elle importante : Interaction – échange – dialogue entre les cours constitutionnelles – analyse comparative de la motivation des décisions ?
2. Interaction et dialogue entre cours constitutionnelles en dehors de leur activité juridictionnelle : conférences bilatérales et multilatérales ; le rôle de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes ou de la Commission de Venise ; l'échange d'arrêts et de publications.
3. Principal domaine d'intérêt : interaction horizontale entre les cours constitutionnelles dans leurs activités de contrôle de constitutionnalité des lois.
4. Les deux situations principales : références obligatoires et non-obligatoires aux décisions et systèmes de droit étrangers.
5. Pourquoi les cours constitutionnelles recourent-elles à la jurisprudence étrangère : les différents motifs de référence.
6. Comment est utilisée la jurisprudence des autres cours constitutionnelles : les différentes manières de se référer à des décisions étrangères.
7. Les situations particulières dans lesquelles les cours constitutionnelles se réfèrent plus souvent à la jurisprudence étrangère :
 - Pays en transition
 - Jurisprudence des cours constitutionnelles dans les affaires européennes (droit communautaire surtout mais aussi Convention européenne des droits de l'homme)
8. Questions à débattre :
 - Les références à la jurisprudence étrangère sont-elles vraiment utiles et/ou nécessaires ?
 - Pouvons-nous vraiment parler d'un « dialogue » ou d'un « échange » : tous les partenaires sont-ils actifs au même degré dans leur recours aux références ?
 - Avec quelle fréquence les cours constitutionnelles rendent-elles des décisions issues d'analyses comparatives non apparentes (c.-à.-d. sans références directes) ?
 - Quelles sont les forces et faiblesses méthodologiques des analyses juridiques comparatives ?
 - Quel est l'impact de l'interaction juridique entre cours constitutionnelles : améliorer la qualité d'une décision donnée – améliorer en général la qualité de la jurisprudence de la cour constitutionnelle en question.
 - En quelle mesure la pratique de l'analyse comparative des décisions des cours constitutionnelles contribue-t-elle à l'élaboration d'un droit constitutionnel commun européen ?

Stanisław BIERNAT
Vice-President of the Constitutional Tribunal
of the Republic of Poland

1. Does terminology matter: Interaction – conversation – dialogue between constitutional courts - comparative judicial reasoning?
2. Interaction and dialogue between constitutional courts outside their judicial activity: bilateral and multilateral conferences; the role of The Conference of European Constitutional courts or the Venice Commission; the exchange of judgments and publications
3. Main area of interest: horizontal interaction between constitutional courts in their judiciary activities
4. Two main situations: mandatory and non-mandatory references to foreign legal systems and judgments
5. Why the foreign case law is used by the constitutional courts: different reasons of references
6. How the case law of other constitutional courts is used: different ways of referring to foreign judgments
7. Special situations in which constitutional courts make references to foreign case law more often
 - Countries in transition
 - Jurisprudence of constitutional courts in European law cases (mostly EU law but also European Convention on Human Rights)
8. Open questions for further discussion:
 - Are the references to foreign case law really useful and/or necessary?
 - Can we really speak about a “dialogue” or “conversation”: are the partners equally active in referring?
 - How frequent is the hidden comparative reasoning of constitutional courts (i.e. without direct references)?
 - What are the methodological strengths and weaknesses of judicial comparative reasoning?
 - What is the impact of judicial interaction between constitutional courts: improving the quality of a particular judgment – improving the general quality of jurisprudence of the constitutional court in question
 - How much comparative reasoning of constitutional courts contributes towards the building of common European constitutional law?

Stanisław BIERNAT
Vizepräsident des Verfassungsgerichts der Republik Polen

1. Kommt es auf die Terminologie an: Wechselwirkung – Gespräch – Dialog zwischen Verfassungsgerichten – vergleichende Urteilsbegründung?
2. Wechselwirkung und Dialog zwischen Verfassungsgerichten nicht nur im Rahmen der Judikatur: bilaterale und multilaterale Treffen; die Rolle der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte und der Venedig-Kommission; Austausch von Urteilen und Publikationen
3. Ein Bereich von besonderem Interesse: horizontale Wechselwirkung zwischen Verfassungsgerichten in ihrer richterlichen Tätigkeit
4. Zwei wichtige Aspekte: verpflichtende und nicht verpflichtende Verweise auf ausländische Rechtssysteme und Urteile
5. Warum Verfassungsgerichte auf die Judikatur ausländischer Gerichte verweisen: verschiedene Gründe
6. Verschiedene Möglichkeiten des Verweises auf die Judikatur anderer Verfassungsgerichte
7. Besondere Situationen, in welchen Verfassungsgerichte öfter auf ausländische Judikatur verweisen
 - Schwellenländer
 - Judikatur von Verfassungsgerichten in europäischen Rechtssachen (meist EU-Recht, aber auch Europäische Konvention für Menschenrechte)
8. Weitere Diskussionspunkte:
 - Sind Verweise auf ausländische Judikatur wirklich nützlich bzw. notwendig?
 - Handelt es sich tatsächlich um einen „Dialog“ oder ein „Gespräch“ – sind die Partner bei ihren Verweisen gleichermaßen aktiv?
 - Wie häufig finden sich in den Urteilsbegründungen der Verfassungsgerichte verborgene Bezugnahmen (d.h. ohne direkte Verweise)?
 - Worin liegen die methodischen Stärken und Schwächen vergleichender Urteilsbegründungen?
 - Was bewirkt die Interaktion zwischen Verfassungsgerichten: höhere Qualität eines bestimmten Urteils – generelle Verbesserung der Qualität der Judikatur des betreffenden Verfassungsgerichts?
 - Inwieweit tragen vergleichende Urteilsbegründungen von Verfassungsgerichten zur Schaffung eines gemeinsamen europäischen Verfassungsrechts bei?

Станислав БЕРНАТ
Вице-председатель Конституционного трибунала
Республики Польша

1. Имеет ли значение терминология: интеракция – разговор – диалог между конституционными судами – сравнительный анализ обоснования судебных решений?
2. Интеракция и диалог между конституционными судами за пределами их судебной деятельности: двусторонние и многосторонние конференции; роль Конференции европейских конституционных судов или Венецианской комиссии; обмен решениями суда и публикациями.
3. Главная область интереса: горизонтальная интеракция между конституционными судами в их судебной деятельности.
4. Две главные ситуации: обязательные и необязательные ссылки на зарубежные правовые системы и судебные решения.
5. Почему зарубежная судебная практика применяется конституционными судами: различные причины ссылок.
6. Как используется судебная практика других конституционных судов: различные способы ссылки на зарубежные судебные решения.
7. Особые ситуации, в которых конституционные суды ссылаются на зарубежную судебную практику чаще всего:
 - страны с переходной экономикой
 - судебная практика конституционных судов в делах, связанных с Европейским правом (преимущественно право ЕС, но также и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод)
8. Вопросы для дальнейшей дискуссии:
 - Являются ли ссылки на зарубежную судебную практику действительно полезными и (или) необходимыми?
 - Можем ли мы действительно говорить о «диалоге» или «разговоре»: проявляют ли партнеры одинаковую активность в приведении ссылок?
 - Насколько часто имеет место скрытый сравнительный анализ обоснования решений конституционных судов (т. е. без прямых ссылок)?
 - Каковы методологические сильные и слабые стороны сравнительного анализа судебных решений?
 - Каково влияние судебной интеракции между конституционными судами: повышение качества отдельного решения – повышение общего качества судебной практики соответствующего конституционного суда.
 - Какой вклад сравнительный анализ обоснования решений конституционных судов вносит в формирование общего Европейского права?



Quatrième séance du XVI^e Congrès / Fourth session of the XVIth Congress /
Vierte Sitzung des XVI. Kongresses / Четвертое заседание XVI Конгресса

Sous-thème « L'influence réciproque des cours européennes »

Sub-theme "Interactions between European Courts"

Subthema „Wechselwirkungen zwischen europäischen Gerichten“

Подтема «Взаимодействие между европейскими судами»

**DISCOURS D'IMPULSION / INPUT PAPERS/
IMPULSREFERATE / КРАТКИЕ ДОКЛАДЫ**

Français / French / Französisch / французский

Anglais / English / Englisch / английский

Allemand / German / Deutsch / немецкий

Russe / Russian / Russisch / русский

Pedro CRUZ VILLALÓN
Premier avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne

L'interaction entre la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est différente de celle qui existe entre les Cours constitutionnelles. Cette dernière présente les caractéristiques d'une influence mutuelle, avec tout au plus une autorité morale des plus anciennes sur les plus jeunes, ce qui en fait, en définitive, une interaction « symétrique ». L'interaction dont il est ici question, entre les *Cours européennes*, est, de façon similaire à celle qui existe entre la CourEDH et les Cours constitutionnelles, « asymétrique ». Alors que les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) occupent, depuis maintenant des années, une position déterminée dans le droit primaire de l'Union (situation similaire à celle prévalant dans bon nombre d'États membres), la CEDH demeure muette en ce qui concerne les droits garantis par le droit de l'Union (ou celui des États) au-delà de la clause de protection minimale. Une fois qu'elle aura intégré le système de la CEDH, la situation de la CJUE se rapprochera beaucoup plus de celle que conservent actuellement les Cours constitutionnelles. L'image traditionnelle du triangle équilatéral se verra légèrement modifiée, dans la mesure où audit triangle se substituera un autre dans lequel le côté unissant la CJUE et les Cours constitutionnelles sera plus court que les deux autres. D'un autre côté, il convient de préciser que cette interaction entre les Cours européennes intéresse également directement les Cours constitutionnelles des États membres. Les Cours constitutionnelles se trouvent dans une situation asymétrique à l'égard tant de la Cour EDH que de la CJUE. Du point de vue des Cours constitutionnelles, il est important que l'interaction entre les Cours européennes offre un résultat cohérent. Les Cours constitutionnelles ne devraient pas être placées dans la situation de « choisir » entre suivre Strasbourg et suivre Luxembourg.

En somme, l'interaction ici en cause va connaître un changement qualitatif une fois que l'UE aura adhéré à la CEDH, étant précisé que c'est dans ce futur proche qu'il convient de se placer. De manière plus générale, l'adhésion de l'UE à la CEDH, peut, et même doit, être l'occasion de « repenser » l'architecture de la protection des droits en Europe.

Or cette architecture pourrait, pour ce qui concerne spécifiquement les droits, être décrite avec le secours de l'expression « hégémonie durable ». En ce sens, il est essentiel de souligner l'hétérogénéité des trois juridictions, et ceci de deux perspectives différentes. Alors que les Cours constitutionnelles trouvent leur raison d'être, et même leur « identité », dans la Constitution, et la CJUE dans l'ordre juridique de l'Union, la CourEDH trouve sa raison d'être, et son identité, dans les droits. D'un autre côté, la communauté sur laquelle elles se projettent est également hétérogène : dans un cas, l'État, dans un autre une communauté supranationale et dans le dernier finalement la communauté internationale, quoique dans

une dimension régionale. De ce point de vue, la nature de chacun des ordres juridiques fait également que les Cours soient distinctes, voire hétérogènes.

En ce sens, la première thèse qu'il faut formuler, pour évidente qu'elle puisse paraître, est que la CourEDH occupe une position d'*hégémonie* en matière de droits. Dans l'espace « macroeuropéen », la CourEDH, sur mandat de la CEDH, exerce la plus grande autorité dans la matière des droits. Dans le cas contraire, le système de la CEDH perdrait tout son sens. Il en a été ainsi pour les États membres et il devra en être ainsi pour l'UE dans le futur. Cela dit, il faut immédiatement ajouter que cette hégémonie de la CourEDH dans la matière des droits ne peut s'affirmer qu'en termes d'*hégémonie durable*. C'est aussi la conception même du système de la CEDH qui offre les conditions pour qu'il en aille ainsi.

Ainsi, par son objet même, la Cour EDH travaille ponctuellement, casuistiquement. Les droits ne sont pas une trousse à outils avec laquelle il faudrait viser à construire de façon déterminante soit un ordre juridique national, soit l'ordre juridique de l'Union. En d'autres termes, de par son objet même, la CourEDH devrait se voir empêcher de céder à ce que, en d'autres occasions, j'ai qualifié de tentation de la toile d'araignée. Par ailleurs, de par sa position même, la CourEDH, à la différence des autres, ne travaille pas « à partir de l'intérieur » de l'ordonnement juridique, comme le font les autres, mais travaille « à partir de l'extérieur ». C'est également en ce sens que j'ai évoqué l'image de la Cour de comptes. Plus particulièrement, pour ne donner qu'un exemple, cela rend la tâche d'administration de la clause de protection minimale plus simple dans le cas de la CEDH que dans celui de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Finalement, la CourEDH s'insère dans un système de droit international de protection des droits, ce qui introduit une qualification déterminante. Il y a beaucoup de raisons pour considérer que la protection qu'une cour internationale (en ce compris une cour régionale) peut assurer aux droits ne peut que tendre à l'essentiel: la seule possibilité pour les États, et pour l'Union à l'échéance, d'émettre de manière limitée des réserves ou des déclarations interprétatives s'inscrit déjà dans cette ligne. Cependant, la première de ces raisons est que « à partir de l'extérieur », c'est-à-dire, avec la connaissance que l'on peut avoir de chaque ordre juridique et de chaque réalité nationale (ou de l'Union même pour la CJUE) il n'est pas possible d'octroyer le même degré de protection que celle qui doit être assurée « à partir de l'intérieur ». La légitimité des prononcés de la CourEDH dépend de la conscience effective de cette circonstance. De ce point de vue, la notion de « marge d'appréciation » occupe une position stratégique ou, si l'on préfère, systémique. Elle se trouve, pour ainsi dire, dans l'*ADN* du système de la CEDH.

Pedro CRUZ VILLALÓN
First Advocate-General at the Court of Justice of the European Union

The interaction between the ECtHR (European Court of Human Rights) and the CJEU (Court of Justice of the European Union) is different from that between Constitutional Courts. The latter is characterized by mutual exchange and influences and constitutes a truly “symmetric” relationship, with at best a superior moral authority of more established tribunals with respect to more junior ones. The interaction that is the topic of this session however, between *European Courts*, is “asymmetric”, similarly to that between the ECtHR and Constitutional Courts: While the rights recognized by the ECHR (European Convention on Human Rights) have occupied an important position in the primary law of the Union (today’s article 6(2) of the TEU) (and something similar has happened with respect to many of the Member States), the ECHR is silent with respect to the rights recognized by Union law (or by the law of States), with the exception of the clause safeguarding national human rights (Art. 53 of the ECHR). Once the EU has joined the system of the ECHR, the situation of the CJEU will resemble much more the one which Constitutional Courts occupy today with respect to the ECtHR. The commonly used image of an equilateral *triangle* will have to be modified slightly, to the extent that this triangle should be substituted by one in which the side linking the CJEU and the Constitutional Courts will be *shorter* than the other two. On the other hand, it should be pointed out that this interaction between the European Courts is also of direct interest for the Constitutional Courts of the Member States. Those Courts are in an asymmetric relationship both with respect to the ECtHR and the CJEU. From the perspective of the Constitutional Courts it is important that the interaction between the European Court leads to a coherent result. Constitutional Courts should not be put into a position in which they would have to “choose” between following Strasbourg or Luxembourg.

Thus, the interaction that we are concerned with will undergo a qualitative change when the EU joins the system of the ECHR. The following considerations concern that future situation. More generally, the accession of the EU to the ECHR can, and indeed should, be an occasion to “rethink” the architecture of the protection of fundamental rights in Europe.

In my opinion, and in particular with respect to fundamental rights, this architecture could be described with the expression “sustainable hegemony”. In this respect, the heterogeneity of the three Tribunals has to be underlined from two different perspectives. While Constitutional Courts find their *raison d’être* and their “identity” in the Constitution, and the CJEU in the legal system of the Union, the ECtHR derives its justification and its identity from fundamental rights. Secondly, the communities in and for which the tribunals operate differ greatly: in one case, it is the State, in the second a supranational community and finally in the third the international community, even if only of regional scope. From that point of

view, the different nature of each of these legal regimes leads to differences, even heterogeneity, between the courts.

Consequently, the first thesis, even if somewhat obvious, is that it is for the ECtHR to occupy a position of *hegemony* in the area of fundamental rights. In the “macro-European” space the ECtHR, under mandate of the ECHR, exercises the highest authority in the field of fundamental rights. Otherwise, the system of the ECHR would lose its meaning. This was the case with respect to Member States and it will have to be the case for the EU in the future. But the hegemony of the ECtHR in the field of fundamental rights can only be a *sustainable* one. The conditions for this, too, are enshrined in the design of the system of the ECHR itself.

Thus, due to its own subject matter the ECtHR operates in a dispersed, topical manner. An international charter of rights is no adequate tool in order to rewrite an entire national legal system or the EU legal order. In other words, its very subject area will prevent the ECtHR from falling into what I have dubbed on another occasion as the “spiderweb temptation”. Secondly, due to its nature, the ECtHR, unlike the other Courts, does not work “from the inside” of the respective legal order, as the other two do, but it works “from the outside”. It is in that sense that I have also evoked the image of a court of auditors. In particular, this simplifies the task of applying the clause safeguarding national human rights (Art. 53 of the ECHR) in the case of the ECHR compared with the clause on the level of protection (Art. 53 of the Charter) in the case of the EU. Finally, the ECtHR is part of a system for the protection of fundamental rights under international law, which introduces an important qualifier. There are many reasons to consider that fundamental rights protection granted by an international (including regional) tribunal should be limited to the essentials: the possibility for States, or the Union, to make limited reservations or interpretative declarations already points to this. But the most significant reason is that given the necessarily limited knowledge of each national system and national reality (or of the EU legal order) it is obviously difficult to grant the same level of protection “from the outside”, that could be granted “from the inside”. The legitimacy of the rulings of the ECtHR hinges on its being conscious of this circumstance. From that point of view, the notion of “margin of appreciation” occupies a strategic or rather systemic position. In brief, it is a notion that is ingrained in the DNA of the system of the ECHR.

Pedro CRUZ VILLALÓN
Erster Generalanwalt am Gerichtshof der Europäischen Union

Die *Wechselwirkung* zwischen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) unterscheidet sich von jener, die zwischen den einzelnen Verfassungsgerichten besteht. Letztere weist die Merkmale eines gegenseitigen Einflusses auf, wobei höchstens die älteren Gerichtshöfe gegenüber den jüngeren eine größere moralische Autorität haben, wodurch sich im Endeffekt eine „symmetrische“ Wechselwirkung ergibt. Die Wechselwirkung zwischen den *europäischen Gerichten*, um die es hier geht, ist, vergleichbar mit jener zwischen dem EGMR und den Verfassungsgerichten, eine „asymmetrische“. Während die von der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) garantierten Rechte nunmehr schon seit Jahren einen bestimmten Platz im Primärrecht der Union einnehmen (wobei diese Situation mit der in zahlreichen Mitgliedstaaten vorherrschenden vergleichbar ist), schweigt die EMRK zu den durch das Unionsrecht (oder das Recht der Staaten) über die Mindestschutzklausel hinaus garantierten Rechten. Sobald die EU dem EMRK-System beigetreten sein wird, wird sich die Situation des EuGH viel stärker jener annähern, in der sich derzeit die Verfassungsgerichte befinden. Das traditionelle Bild des gleichseitigen *Dreiecks* wird sich leicht verändern, indem dieses Dreieck durch ein anderes ersetzt wird, bei dem die EuGH und Verfassungsgerichte verbindende Seite *kürzer* sein wird als die beiden anderen. Andererseits muss auch betont werden, dass diese Wechselwirkung zwischen den europäischen Gerichten die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten auch direkt betrifft. Die Verfassungsgerichte befinden sich sowohl gegenüber dem EGMR als auch gegenüber dem EuGH in einer asymmetrischen Situation. Vom Standpunkt der Verfassungsgerichte ist es wichtig, dass die Wechselwirkung zwischen den europäischen Gerichten zu einem kohärenten Ergebnis führt. Die Verfassungsgerichte sollten nicht in eine Lage versetzt werden, in der sie „wählen“ müssen, ob sie Strassburg oder Luxemburg folgen sollen.

Im Grunde wird die hier besprochene Wechselwirkung eine qualitative Veränderung erleben, sobald die EU der EMRK beigetreten sein wird, wobei ich betonen möchte, dass man sich schon jetzt in diese nahe Zukunft versetzen soll. Allgemeiner gesagt, kann und muss sogar der Beitritt der EU zur EMRK die Gelegenheit sein, die Architektur der Wahrung der Rechte in Europa neu zu überdenken.

Meiner Meinung nach könnte diese Architektur, speziell was die Rechte betrifft, mit Hilfe des Begriffs „dauerhafte Hegemonie“ beschrieben werden. In diesem Zusammenhang muss der heterogene Charakter der drei Gerichte hervorgehoben werden, und zwar aus zwei verschiedenen Gesichtspunkten. Während die Verfassungsgerichte ihre Daseinsberechtigung, ja sogar ihre Identität aus der Verfassung und der EuGH aus der Rechtsordnung der Union beziehen, beruhen Daseinsberechtigung und Identität des EGMR

auf den Konventionsrechten. Auf der anderen Seite ist die Gemeinschaft, auf die diese Rechte anwendbar sind, ebenfalls heterogen: in einem Fall ist es ein Staat, in einem anderen eine supranationale Gemeinschaft und im letzteren schließlich die internationale Staatengemeinschaft, wenn auch nur in einer regionalen Dimension. Aus diesem Grund führt das Wesen jeder einzelnen Rechtsordnung dazu, dass die Gerichte eigenständig, ja heterogen sind.

Auch wenn die erste zu formulierende These auf der Hand zu liegen scheint, muss sie demnach lauten, dass der EGMR eine *Hegemonialstellung* bei der Wahrung der Rechte einnimmt. Im „makro-europäischen“ Raum übt der EGMR gemäß dem Mandat der EMRK die größte Autorität bei den Rechten aus. Widrigenfalls würde das ganze System der EMRK seinen Sinn verlieren. Das galt schon für die Mitgliedstaaten und es wird in Zukunft auch für die EU gelten. Im Übrigen muss sofort hinzugefügt werden, dass sich diese Hegemonie des EGMR nur als *dauerhafte* Hegemonie behaupten kann. Die Ausgestaltung des Systems der EMRK bietet die Bedingungen dafür, dass dem so sein wird.

Durch den Gegenstand seiner Tätigkeit selbst ist es so, dass der EGMR punktuell, d.h. nach Fällen arbeitet. Die Konventionsrechte sind keine Toolbox, mit der man entweder eine nationale Rechtsordnung oder eine Rechtsordnung der Union aufbauen kann. Mit anderen Worten, der EGMR müsste schon auf Grund seiner Aufgabe daran gehindert werden, dem nachzugeben, was ich bei anderen Gelegenheiten als „Spinnennetzversuchung“ bezeichnet habe. Außerdem arbeitet der EGMR durch seine Sonderstellung zum Unterschied von den anderen Gerichten nicht „aus dem Inneren“ einer Rechtsordnung heraus, sondern „von außen her“. In diesem Sinne habe ich auch das Bild des Rechnungshofes angesprochen. Um nur ein Beispiel anzuführen, wird insbesondere dadurch die Aufgabe der Verwaltung der Mindestschutzklausel im Fall der EMRK einfacher als bei der Grundrechtecharta der EU. Schlussendlich ist der EGMR in einem Völkerrechtssystem zum Schutz von Rechten eingebettet, was eine bestimmte Qualifizierung mit sich bringt. Es gibt viele Gründe dafür, warum ein internationaler Gerichtshof (auch ein regionaler) den Schutz von Rechten nur durch Abzielen auf das Wesentliche erreichen kann: die den Staaten und der Union ihrerseits gegebene einzige Möglichkeit, beschränkt Vorbehalte zu äußern oder auslegende Erklärungen abzugeben, liegt schon auf dieser Linie. Aber der Hauptgrund liegt in der „Tätigkeit von außen“, d.h. dass es ausgehend von der Kenntnis, die man von jeder Rechtsordnung und jeder nationalen Realität (oder der Realität der EU im Falle des EuGH) haben kann, nicht möglich ist, den selben Schutzgrad zu gewährleisten wie jenen, der „von innen her“ erreicht werden kann. Die Legitimität der Urteile des EGMR hängt davon ab, dass man sich dieses Umstandes tatsächlich bewusst ist. Aus diesem Blickwinkel kommt dem Begriff des „Beurteilungsspielraums“ eine strategische, oder wenn man so möchte, systemimmanente Bedeutung zu. Im Endeffekt geht es um einen Begriff, den man in der DNA des EMRK-Systems findet.

Педро КРУЗ ВИЛЬЯЛОН
Первый генеральный адвокат Суда Европейского Союза

Взаимодействие между Европейским судом по правам человека (ЕСПЧ) и Судом Европейского Союза (Суд ЕС) отличается от взаимодействия между отдельными конституционными судами. В последнем проявляются признаки взаимного влияния, причем, в крайнем случае, более старые суды обладают более высоким моральным авторитетом по отношению к более молодым, что в конечном итоге влечет за собой «симметричное» взаимодействие. Взаимодействие между *европейскими судами*, о которых идет речь здесь, является, в сравнении со взаимодействием между ЕСПЧ и конституционными судами, «асимметричным». В то время как гарантируемые Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) права уже многие годы занимают определенное место в первичном праве ЕС (причем подобное происходит и во многих других странах-членах), ЕКПЧ умалчивает относительно прав, обеспечиваемых законодательством Европейского Союза или отдельных государств, выходящих за пределы минимальных стандартов защиты. Как только ЕС присоединится к ЕКПЧ, положение Суда ЕС намного больше приблизится к ситуации, в которой в данный момент находятся конституционные суды по отношению к ЕСПЧ. Традиционная картина равностороннего *треугольника* слегка изменится, и этот треугольник будет заменен другим, в котором сторона, соединяющая Суд ЕС и конституционные суды, будет *короче*, чем две остальные. С другой стороны, необходимо подчеркнуть, что взаимодействие между европейскими судами также непосредственно касается и конституционных судов стран – членов ЕС. Конституционные суды находятся по отношению и к ЕСПЧ, и к Суду ЕС в асимметричной ситуации. С точки зрения конституционных судов важно то, что взаимодействие между европейскими судами приводит к согласованному результату. Конституционные суды не должны быть поставлены в положение, в котором они вынуждены «выбирать», повиноваться ли им Страсбургу или Люксембургу.

Итак, обсуждаемое здесь взаимодействие испытает качественное изменение, как только Европейский Союз присоединится к ЕСПЧ, хотя я хотел бы подчеркнуть, что уже сейчас следует мысленно перенестись в это недалекое будущее. Говоря в более широком смысле, присоединение ЕС к ЕКПЧ может и даже должно стать подходящим поводом для переосмысления архитектуры защиты прав человека в Европе.

По моему мнению, эта архитектура, в особенности в отношении прав человека, может быть описана с помощью понятия «устойчивой гегемонии». В этой связи следует отметить гетерогенный характер вышеназванных трех судов с двух различных точек зрения. В то время как конституционные суды получают свое право на существование и даже свою «идентичность» из конституции, а Суд ЕС – из правопорядка Евросоюза,

право на существование и идентичность ЕСПЧ основывается на правах, закрепленных в Конвенции. С другой стороны, сообщество, к которому применяются данные права, также гетерогенно: в одном случае это государство, в другом – наднациональное сообщество и, наконец, в третьем – международное сообщество, пусть даже в региональном измерении. По этой причине сущность каждого отдельного правопорядка предполагает наличие различий между судами и даже их гетерогенности.

И даже если формулировка первого тезиса представляется очевидной, тем не менее он гласит, что ЕСПЧ занимает в области соблюдения прав человека *гегемональную позицию*. В «макроевропейском» пространстве ЕСПЧ, в соответствии с обязанностями, возложенными на него в рамках ЕКПЧ, обладает наибольшим авторитетом в этой области. Иначе вся система ЕКПЧ потеряла бы свой смысл. Это было верно в отношении государств-участников и будет верно в будущем и для ЕС. Однако следует сразу же добавить, что эта гегемония ЕСПЧ может удерживаться лишь в качестве *устойчивой* гегемонии. Условия для этого заложены в самой конструкции системы ЕКПЧ.

В силу самого предмета своей деятельности ЕСПЧ работает эпизодически, т. е. по определенным делам. Закрепленные в Конвенции права – не ящик с инструментами, с помощью которого можно выстроить национальный правопорядок или правопорядок ЕС. Другими словами, благодаря самим возложенным на него задачам, ЕСПЧ не должен поддаваться «искушению паутиной сети», о котором я уже упоминал в некоторых других случаях. Кроме того, учитывая его особое положение, в отличие от остальных двух судов, ЕСПЧ действует не «изнутри» правопорядка, а «снаружи». В этой связи я высказывался и об образе Счетной палаты. В частности, к примеру, это облегчает задачу администрирования положения о минимальном уровне защиты прав в случае ЕКПЧ в сравнении с Хартией об основных правах ЕС. И, наконец, ЕСПЧ встроен в международную систему защиты прав человека, что является его ключевой характеристикой. Существует много оснований для того, чтобы полагать, что международный (или же региональный) суд может добиться защиты прав человека, лишь сосредоточиваясь на самом существенном: на это указывает уже сам факт предоставления отдельным государствам, а также ЕС возможности делать ограничительные оговорки или толковательные заявления. Но главная причина заключается в том, что путем действий «снаружи», т. е. исходя из знаний, существующих о каждом правопорядке и каждой национальной действительности (или действительности в ЕС в случае Суда ЕС), невозможно обеспечить ту же степень защиты, что «изнутри». Легитимность решений ЕСПЧ зависит от осознания этого обстоятельства. С этой точки зрения понятие «свободы усмотрения» приобретает стратегическое или, если угодно, систематическое значение. В конечном итоге, речь идет о понятии, которое содержится в ДНК системы ЕКПЧ.

Elisabeth STEINER
Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

Introduction : contexte général

Ces dernières 50 années n'ont pas seulement été le témoin d'un élargissement des traités internationaux à des fins de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales mais aussi d'une multiplication des institutions : de nouvelles juridictions telles que des tribunaux pénaux spécialisés et des tribunaux intégrés dans des systèmes partiels régionaux ont déjà entamé leurs travaux tout comme de nouvelles organisations réunissant des experts. Les compétences de ces organes et juridictions sont en général définies dans leurs traités fondateurs respectifs. Les dispositions de nature transversale prévoyant une interaction ou une coopération entre ces structures restent l'exception tout comme les conventions réglant les éventuels conflits de compétence.¹

Cela vaut surtout pour la scène européenne avec ses deux acteurs principaux : le Conseil de l'Europe, organisation internationale réunissant 47 États membres, et l'Union européenne, organisation supranationale qui en compte 28. La coopération et l'interaction entre leurs juridictions respectives – la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne – sont l'objet de toutes les attentions, politiques comme professionnelles. Leurs résultats influent de manière significative sur les juridictions nationales, puisque que c'est à ces dernières que reviennent la réception et la transposition des arrêts respectifs. Une coopération et une interaction lacunaires se reflétant dans des jugements contradictoires seraient globalement contre-productives pour le projet européen et représenteraient en fait une menace pour l'autorité de ces juridictions. C'est la raison pour laquelle le point de départ de la discussion réside dans l'intérêt mutuel de toutes les parties prenantes à consolider la coopération et permettre des résultats tangibles.

Qu'en est-il de l'intérieur maintenant ? Je vais adopter la perspective de la Cour de Strasbourg tournant son regard vers Luxembourg et m'imaginer la façon dont la Cour de Luxembourg pourrait nous considérer en retour. De fait se posent trois questions fondamentales : D'où venons-nous, où en sommes-nous et où allons-nous ?

D'où venons-nous ?

L'histoire joue un rôle lorsqu'elle s'avère déterminante pour la situation actuelle. Permettez-moi donc de rappeler trois facteurs essentiels.

Premièrement, on a longtemps évoqué l'éventualité d'une adhésion de l'Union européenne à la CEDH et maintenant que le cadre institutionnel requis a enfin été mis en place, elle n'est toujours pas réalisée, même si les choses avancent bien entre-temps. C'est avant tout une

¹ Pour ce qui concerne l'article 35 § 2 b) de la Convention.

question de volonté politique et les deux Cours européennes ne sont dans ce contexte que des « objets » et des observatrices du débat politique et de la procédure formelle d'adhésion. Même si elles ont été invitées à donner leur avis sur le projet de traité d'adhésion de l'UE, ce sont bien les « maîtres des traités », à savoir les États membres et leurs parlements, qui prendront la décision finale.

Dans la mesure où un consensus gouvernemental règne entre les 47 États membres et la Commission européenne quant au traité d'adhésion, nous pouvons faire preuve d'un optimisme prudent pour le processus de ratification, en dépit de l'euro-scepticisme et du reproche de militantisme adressé aux juges.

L'évolution de la jurisprudence de la CJUE qui commence avec l'arrêt *Stauder* en 1969² est le deuxième facteur historique d'importance. La CJUE n'a pas seulement institué de véritable jurisprudence en matière de droits de l'homme en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes des États membres, elle s'est également appuyée sur la CEDH à la lumière de la jurisprudence de la CourEDH. Plusieurs de ses arrêts le mentionnent explicitement et cela fait dorénavant partie du droit primaire.

La jurisprudence détaillée de la CourEDH dans des affaires touchant au droit de l'Union représente le troisième élément historique à retenir. Les textes juridiques l'ont mentionné comme « une politique en matière de science du droit pendant 30 ans très prudente, souvent réservée »³, mais je ne suis pas convaincue de la pertinence de ce jugement. Selon moi, il ne s'agit pas d'une « politique », mais bien plus de la somme des décisions individuelles concrètes rendues dans les diverses affaires liées aux droits de l'homme. Cette évolution s'est amorcée en 1978 dans une affaire où ce qui était encore à l'époque la Commission européenne des droits de l'homme avait été saisie d'un recours contre « les Communautés européennes et subsidiairement : la collectivité de leurs États membres et leurs États membres pris individuellement ». La CommissionEDH a rejeté ce recours pour défaut de compétence au motif que les Communautés européennes en tant que telles ne seraient pas parties à la CEDH.⁴ Position juridique que continue aujourd'hui d'adopter la Cour face aux recours dirigés contre l'UE. Le projet d'adhésion de l'UE à la CEDH fut ainsi initié pour combler cette lacune en matière de protection des droits de l'homme. Pour ce qui est des États membres de l'UE pris individuellement, la CourEDH a fait un grand pas en avant avec l'arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni*.⁵ Cette affaire concernait les élections européennes de 1994 auxquelles les citoyens de Gibraltar n'avaient pas pu participer. Pour la première fois, cette décision reconnaissait une violation par un État membre de la CEDH, plus

² Erich Stauder c/ ville d'Ulm/Sozialamt, Affaire 29/69, 12.11.1969.

³ Scheek, p. 16.

⁴ CFDT c/ Communautés européennes : subsidiairement la collectivité de leurs États membres et leurs États membres pris individuellement, N° 8030/77 (1978).

⁵ Matthews c/ Royaume-Uni, N° 24833/94, 18.2.1999.

précisément de l'article 3 de son Protocole n°1, pour des faits se rapportant au droit communautaire. On ne pourra jamais souligner suffisamment la valeur fondamentale pour la question qui nous occupe de cet arrêt où la Cour reconnaît explicitement le Parlement européen comme un « corps législatif » (legislature) au même titre qu'un parlement national typique d'un État partie à la Convention, même si ses compétences restent limitées en comparaison.⁶ L'arrêt *Bosphorus contre Irlande*⁷ marque une nouvelle étape cruciale dans laquelle a été élaborée la fameuse « présomption de protection équivalente » pour le domaine du droit de l'Union européenne. La Cour a avancé une présomption réfutable selon laquelle la protection des droits garantie par l'ordre juridique de l'UE suffisait et que la Cour n'examinerait pas l'affaire, sauf si

« ...dans le cadre d'une affaire donnée, on estimait que la protection des droits fondamentaux était entachée d'une insuffisance manifeste. Dans un tel cas, le rôle de la Convention en tant qu'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale. »

La Cour avait déjà avancé un argument similaire dans une décision plus ancienne, *Waite et Kennedy contre Allemagne*⁸, laquelle concerne l'irrecevabilité des actions engagées contre l'Agence spatiale européenne devant des juridictions ordinaires allemandes pour des litiges relevant du droit du travail. Afin de juger de la conformité de cette limitation avec l'article 6 de la CEDH, la Cour considéra comme un argument de poids l'existence d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement les droits fondamentaux au sein de l'organisation.⁹ Dans des affaires plus récentes comme *Kokkelvisserij contre Pays-Bas*¹⁰, *M.S.S. contre Belgique et Grèce*¹¹ et *Michaud contre France*¹², on perfectionna encore la « présomption de protection équivalente » élaborée dans l'arrêt *Bosphorus* et l'appliqua à d'autres organisations comme par exemple Eurocontrol dans l'affaire *Boivin*¹³.

C'est ainsi que l'évolution historique au cours des dernières décennies nous a laissé, d'une part des promesses politiques qu'on a réitérées et confirmées et, d'autre part, une quantité considérable de jurisprudence des deux Cours, s'appuyant sur le principe du respect mutuel et sur l'attente de voir les décideurs politiques tenir les promesses données.

⁶ Ibid. §§ 40-44.

⁷ *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c/ Irlande*, N° 45036/98, 30.6.2005.

⁸ *Waite und Kennedy c/ Allemagne*, N° 26083/94, 18.2.1999.

⁹ Ibid. §§ 68-69.

¹⁰ *Coöperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkelvisserij ua c/ Pays-Bas (Dec.)*, N° 13645/05, 20.1.2009.

¹¹ *M.S.S. c/ Grèce et Belgique*, N° 30696/09, 21.1.2011, § 338.

¹² *Michaud c/ France*, N° 12323/11, 6.12.2012.

¹³ *Boivin c/ 34 États membres du Conseil de l'Europe (Dec.)*, N° 73250/01, 9.9.2008.

Où en sommes-nous aujourd'hui ?

C'est en partant de cela que nous pouvons répondre à la question cruciale : Où en sommes-nous aujourd'hui ?

Critères formels qui caractérisent le statu quo

Nous sommes encore dans une phase de transition qu'Allan Rosas avait déjà qualifiée « d'anomalie périmée » en 2005.¹⁴ Même s'il est vrai, comme le soulignent aussi les ouvrages spécialisés, qu'on ne peut atteindre qu'un « équilibre fragile » dans ces périodes transitoires, la situation n'en a pas moins changé depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en ce que l'adhésion n'est plus une simple option mais bien un objectif fixé par les textes. Il n'existe cependant pas de lien institutionnel, pas plus entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne qu'entre leurs Cours respectives. Le droit en vigueur considère toujours ces dernières comme deux entités isolées. Il faut toutefois mentionner une particularité : tous les États membres d'une organisation ont également adhéré à l'autre mais la réciproque n'est pas vraie ; ce qui introduit un certain déséquilibre. En même temps, les compétences se recouvrent en partie, l'interprétation des droits de l'homme étant déterminante pour les deux juridictions.

Actuellement, la coopération et l'interaction entre les deux Cours – dans la mesure où on leur a donné un caractère formel – constituent une partie du « droit souple » (soft law). Cette description s'applique par exemple à la déclaration commune des Présidents des deux Cours, MM. Skouris et Costa, présentée en 2011.¹⁵ On a appelé « diplomatie des théoriciens du droit » toutes ces formes d'interaction non ancrées dans les textes comme le « dialogue entre juges » et l'échange de vues, mais cela va plus loin. C'est plus une « coopération entre juges » au sens large du terme.

Il me semble qu'ici, il faille faire la distinction entre l'échange de vues entre juges (1), le dialogue institutionnalisé dans le droit procédural (2) et l'interaction entre les juridictions dans le contexte de la motivation des décisions (3), cette dernière étant peut-être moins visible mais tout aussi essentielle.

Échange de vues entre juges

Cet échange de vues ouvert peut avoir lieu entre les deux Cours spécifiquement lors de rencontres annuelles régulières ou s'intégrer dans le dialogue avec d'autres juridictions, par exemple dans le cadre de rencontres des Cours constitutionnelles ou Cours suprêmes de l'Allemagne, de l'Autriche, du Liechtenstein ou de la Suisse avec la CourEDH et la CJUE ou encore à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire de la CourEDH. On y applique généralement la « règle de Chatham House » qui permet d'aborder des aspects controversés

¹⁴ A. Rosas, *Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts*, in: C. Baudenbacher et al (éd.), *The EFTA Court: Ten Years On*, Oxford 2005.

¹⁵ Joint Communication from President Costa and Skouris, 18.3.2013.

dans l'évolution de la jurisprudence d'une autre juridiction ou de concentrer la réflexion sur des thèmes sensibles pour lesquels il est précieux d'entendre les différentes positions.

Dialogue institutionnalisé dans le droit procédural

Le fait qu'il existe quelques dispositions institutionnelles visant à faciliter le dialogue juridique est digne d'intérêt. L'Union européenne, représentée par la Commission européenne, peut ainsi obtenir l'autorisation de participer à une procédure en tant que partie tierce au titre de l'article 36 § 2 de la CEDH comme ce fut le cas dans l'affaire *Emesa Sugar N.V. contre Pays-Bas*¹⁶ ou encore *Bosphorus contre Irlande*. Dans cette dernière affaire, un représentant de la Commission avait même assisté à la procédure orale. Bien que la tierce intervention au titre de l'article 36 § 2 ne représente pas un « droit » mais reste à la discrétion du Président de la Cour, cette dernière n'a jusqu'à maintenant jamais refusé de demande venant de la Commission dans la mesure où celle-ci l'avait déposée dans les délais. La contribution de la Commission européenne en tant que partie tierce peut s'avérer très utile et importante : par exemple pour évaluer si une restriction d'un droit garanti par la Convention (articles 8, 9, 10, 11 de la CEDH) est « légalement prévue » lors de l'application du droit de l'Union. On aurait certainement pu recourir plus souvent à la possibilité de l'intervention tierce pendant la phase de transition précédant l'adhésion de sorte à créer un support formel pour un échange d'arguments dans le cadre de certaines affaires. Mentionnons de surcroît que le domaine d'application de « l'intervention tierce » devant la Cour est plus large que celui envisagé pour le « mécanisme dit du codéfendeur » dans le projet de traité d'adhésion.

Une autre disposition importante concerne les juges dits nationaux. Le Règlement de la Cour stipule que le juge élu au titre de la Haute Partie contractante partie au litige est membre de droit de la formation de décision, que ce soit la chambre ou la Grande Chambre (article 26 § 4 CEDH). Lorsqu'une requête est dirigée contre l'ensemble des États membres de l'Union européenne, cette position est attribuée à un « juge d'intérêt commun ». Sa mission est la même que celle d'un juge national, à savoir expliquer les particularités du droit européen applicable. Bien évidemment, il ne s'agit que d'une solution temporaire en attendant qu'un véritable « juge de l'Union » participe aux délibérations.

Le fait que la CourEDH tienne autant compte du droit de l'Union que la Cour de Luxembourg ressort clairement des arrêts rendus. L'argumentation peut s'y référer implicitement ou explicitement et le droit de l'Union peut s'avérer déterminant pour la délibération. Je m'appuierai sur deux exemples pour illustrer mon propos.

¹⁶ *Emesa Sugar N.V. c/ Pays-Bas* (Dec), N° 62023/00, 3.8.2000.

L'affaire *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*¹⁷, arrêt phare sur les questions de transsexualité, est connue de tous. La Cour de Strasbourg y fait amplement référence à la décision rendue par Luxembourg le 30 avril 1996 dans l'affaire *P. v. S. et Cornwall County Council*¹⁸ et aux décisions qui ont suivi et y cite également l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux. Le fait que cette disposition de la Charte s'écarte du libellé de l'article 12 de la CEDH en ce qu'il ne se réfère pas aux hommes et aux femmes a servi d'argument dans l'interprétation de ce même article 12 et été utilisé pour statuer qu'il y a eu violation de cette disposition.¹⁹

L'arrêt *Markin contre Russie*²⁰ rendu par la Grande Chambre en 2012 est un autre exemple. Il y est question de discrimination sexuelle, la Russie n'accordant de congé parental qu'aux mères actives dans l'armée mais pas aux pères. Ici encore, on s'est dans une large mesure référé au droit de l'Union dans la recherche d'une norme européenne, bien que la Russie ne soit même pas membre de l'Union européenne.

Interaction entre les juridictions dans le contexte de la motivation des décisions

En plus de ces références reconnaissables et visibles, il ne faut toutefois pas perdre de vue un certain dialogue tacite qui est l'expression du respect mutuel effectif entre les juridictions et qu'on ne discerne pas nécessairement dans les textes des décisions et arrêts. Cela signifie que des arguments et réflexions qui s'appuient sur le droit européen et peuvent s'avérer déterminants pour l'évolution future de l'interaction entre les deux systèmes viennent s'inscrire en catimini dans les arrêts. Permettez-moi d'utiliser un nouvel exemple.

Dans l'arrêt *Michaud contre France*²¹, la CourEDH a dû statuer sur une réglementation spécifique contre le blanchiment des capitaux qui s'appuyait sur le droit européen et soulevait des questions relevant de l'article 8 de la CEDH, alors que l'affaire initiale portant sur le droit fondamental à la protection des données personnelles n'avait pas encore fait l'objet d'une procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour de Strasbourg était donc dans l'obligation de tenir compte du rôle primaire joué par la Cour de justice de l'UE pour la garantie d'une protection adéquate des droits de l'homme. Elle ne pouvait toutefois pas invoquer la « présomption de protection équivalente » de l'arrêt *Bosphorus*, car, le Conseil d'État refusant un renvoi préjudiciel à Luxembourg, le mécanisme international compétent en premier lieu pour la surveillance des droits fondamentaux n'avait pas encore été en mesure de démontrer « l'intégralité de son potentiel ». Nous comprenons bien ici comment fonctionne le respect mutuel effectif qui

¹⁷ *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, N° 28957/95, 11.7.2002.

¹⁸ *P.v.S. et Cornwall City Council*, C13/94, 30.4.1996.

¹⁹ Voir aussi *Schalk et Kopf c/ Autriche*, N° 30141/04, 24.6.2010 pour les unions entre personnes de même sexe.

²⁰ *Konstantin Markin c/ Russie*, N° 30078/06, 22.3.2012.

²¹ *Michaud c/ France*, N° 12323/11, 6.3.2013.

cherche à tenir compte des positions que la Cour de Luxembourg pourrait éventuellement adopter.

Il faut souligner que la Cour se contente d'interpréter les articles de la Convention et n'empiète pas sur les compétences de la Cour de justice, laquelle détient le monopole de l'interprétation du droit de l'Union. Néanmoins, il arrive parfois que les interprétations des différents concepts contenus dans les systèmes juridiques respectifs soient étroitement liées. Dans de tels cas de figure, entretenir une réflexion sur les conséquences potentielles d'une décision sur l'autre système de droit permet d'éviter des effets et malentendus indésirables.

Permettez-moi enfin d'évoquer le dialogue entretenu en dehors d'une réflexion purement axée sur la prise de décision judiciaire ; par exemple les processus de réforme qui s'inspirent d'une comparaison entre différents systèmes juridiques. Est actuellement à l'étude un 16^e protocole à la CEDH, lequel prévoit la possibilité pour la Cour de fournir son avis consultatif sur requête d'une juridiction nationale. Ce système se distingue bien évidemment complètement du renvoi préjudiciel, mais il n'empêche que ce dernier a été mentionné dans les débats à de nombreuses reprises.

Où allons-nous ?

Cela nous amène à la dernière question : En partant de là, où allons-nous ? – Nous devons accepter que la phase de transition avec son « équilibre fragile » va encore durer un peu, du moins jusqu'à ce que l'adhésion de l'UE à la CEDH soit effective. Selon moi, le mieux que nous puissions faire est d'approfondir la coopération et l'interaction – informelles – là où elles nous paraissent fructueuses afin de préparer l'intensification du dialogue entre les deux Cours comme le demande la déclaration relative à l'adhésion de l'UE annexée au Traité de Lisbonne. Le dialogue entre juges se poursuivra sur la base des affaires individuelles. Le mot d'ordre doit toutefois rester le même pour l'avenir : respect mutuel pour le travail effectué par toutes les cours afin de consolider la protection des droits de l'homme – que ce soit à l'échelon national ou européen.

Elisabeth STEINER
Judge at the European Court of Human Rights

Introduction: General context

Over the past fifty years, we have observed not only an extension of international treaties for the protection of human rights and freedoms, but also a growing density of institutions: A number of new courts, including specialized criminal courts and tribunals in regional sub-systems as well as new expert institutions, have become operational. As a rule, the jurisdiction of such courts and other bodies is laid down in their constituent treaties. Hardly ever do these treaties contain provisions on horizontal interaction and cooperation, and rules governing potential conflicts¹ are equally rare.

This applies, above all, to the European context with its two main actors – the Council of Europe as an international organization with 47 Member States and the European Union as a supranational organization with 28 Member States. The cooperation and interaction of their courts – the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union – are at the focus of attention both from the political point of view and as a research subject. The consequences of such cooperation and interaction are of considerable importance for the national courts as well, as these are confronted with the reception and implementation of the judgments of the European courts. A lack of cooperation and interaction resulting in conflicting judgments would be counterproductive for the European project as a whole and would, ultimately, jeopardize the authority of the courts. Hence, the discussion is based on the understanding that it is in the interest of all stakeholders to intensify cooperation and to achieve visible results.

How does the issue present itself when looked at from the internal point of view? I will take the perspective of the Strasbourg Court, looking towards Luxembourg, and try to visualize how the Luxembourg Court would perceive us. As a matter of principle, we need to put three questions: Where do we come from, where do we stand, and where do we go from here?

Where do we come from?

History matters whenever it has a decisive influence on the present. Let me therefore recall three essential factors.

First of all, the idea of the European Union acceding to the ECHR had been pending for a long time, and its implementation – with the necessary institutional framework now finally in place – has not yet been brought to its conclusion, even though the process is well on its way. It is, above all, a question of political will, with the two European courts being nothing

¹ For the ECHR, Art.35(2.b).

more than “objects” and observers of the political debate and the formal accession procedure. Both courts were invited to submit opinions on the draft of the EU accession treaty, but ultimately the decision rests with the “guardians of the Treaties”, i.e. the Member States and their national parliaments.

Thus, provided there is consensus on the accession treaty at governmental level among all 47 Member States and the European Commission, we may be cautiously optimistic with regard to the ratification process, regardless of the prevailing scepticism vis-à-vis the European Union and criticism voiced of judicial activism.

The second important historical factor is the development of the case law of the ECJ, starting with the *Stauder* judgment of 1969². The ECJ developed its human rights case law not only on the basis of the common constitutional traditions of the Member States, but also on the basis of the ECHR as interpreted by the ECtHR in its case law. This was explicitly referred to in several ECJ judgments and has meanwhile been enshrined in primary law.

The third historical element of relevance is the detailed case law of the ECtHR in cases relating to EU law. In the legal literature, it has been described as “thirty years of very cautious and often reserved legal policy”³, but I am not sure if this is an appropriate characterization. In my opinion, this is not a question of “policy”, but rather the outcome of the specific assessment of the individual human rights cases concerned. This development dates back to a case in 1978, in which a complaint was lodged against “the European Communities and their Member States jointly and severally” before what was then still called the European Commission of Human Rights (ECHR). The complaint was rejected by the ECHR for lack of jurisdiction, the reason being that the European Communities were not a Contracting Party to the ECHR.⁴ To this very day, this is the position taken by the Court with regard to complaints against the EU. To close this gap in the protection of human rights, the project of the EU’s accession to the ECHR was subsequently initiated. As regards complaints against individual EU Member States, a major step was taken by the ECtHR in its judgment *Matthews v. the United Kingdom*.⁵ The case concerned the 1994 elections to the European Parliament, from which the citizens of Gibraltar were excluded. It was the first time that the Court held that the ECHR, in particular Art.3 of its Protocol No.1, had been violated by a Member State in a case relating to Union law. The fundamental significance of this judgment for our topic cannot be overestimated, as the Court explicitly recognized that the European Parliament, despite the fact that its powers are relatively limited compared with those of a typical parliament of a Contracting Party to the Convention, is a legislature of equal rights.⁶

² *Erich Stauder v. City of Ulm/Sozialamt*, case 29/69, 12 Nov 1969.

³ Scheek, p.16

⁴ *CFDT v. the European Communities and their Member States jointly and severally*, no. 8030/77 (1978).

⁵ *Matthews v. the United Kingdom*, no. 24833/94, 18.2.1999.

⁶ *Ibid.* §§ 40-44.

The next essential step was taken in the judgment *Bosphorus v. Ireland*⁷, in which the famous “presumption of equivalent protection” was developed for the law of the European Union. On this point, the Court established a refutable presumption according to which the protection provided by the legal system of the EU was sufficient and the Court therefore would not examine the case, unless

“...in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the interest of international cooperation would be outweighed by the Convention’s role as a “constitutional instrument of European public order” in the field of human rights.”

A similar argument had already been developed by the Court in an earlier case, *Waite and Kennedy v. Germany*⁸, which concerned the exclusion of recourse to the German courts of law in labour law disputes of the European Space Organization. When ruling on the compatibility of this restriction with Article 6 of the ECHR, the existence of reasonable alternative means for the protection of fundamental rights within the organization was an important argument for the Court.⁹ In subsequent cases, such as *Kokkelvisserij v. the Netherlands*¹⁰, *M.S.S. v. Belgium and Greece*¹¹ and *Michaud v. France*¹², the “presumption of equivalent protection” developed in the *Bosphorus* case was further elaborated and applied to other organizations as well, such as Eurocontrol, e.g. in the *Boivin*¹³ case.

Thus, the outcome of the historical development of recent decades can be summarized as follows: on the one hand, repeated and reaffirmed political promises and, on the other hand, a substantial body of case law of the two Courts, developed on the basis of shared respect and the expectation that politicians would at some point in time live up to their promises.

Where do we stand today?

On this basis, we can now answer the most important question: Where do we stand today?

Formal criteria characterizing the status quo

We still find ourselves in a transitional phase, which Allan Rosas described as an “outdated anomaly” already in 2005.¹⁴ It is certainly true that – as underlined in the literature – no more than a “fragile balance” can be reached in a transitional period, but the situation has

⁷ *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, no. 45036/98, 30.6.2005.

⁸ *Waite and Kennedy v. Germany*, no. 26083/94, 18.2.1999.

⁹ *Ibid.* §§ 68–69.

¹⁰ *Coöperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkelvisserij ua v. the Netherlands (Dec.)*, no. 13645/05, 20.1.2009.

¹¹ *M.S.S. v. Greece and Belgium*, no. 30696/09, 21.1.2011, § 338.

¹² *Michaud v. France*, no. 12323/11, 6.12.2012.

¹³ *Boivin v. 34 Member States of the Council of Europe (Dec.)*, no. 73250/01, 9.9.2008.

¹⁴ A. Rosas, *Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts*, in: C. Baudenbacher et al (Publ.), *The EFTA Court: Ten Years On*, Oxford 2005.

changed with the entry into force of the Lisbon Treaty, with accession no longer an option, but a binding goal. Nevertheless, there is no institutional connection - neither between the Council of Europe and the European Union, nor between their Courts. Legally speaking, the two Courts exist side by side, in isolation. However, there is one specific feature: all Member States of one organization are also Member States of the other organization, but not vice versa, a factor which creates a certain imbalance. At the same time, there is a certain overlap in jurisdiction, as the interpretation of human rights is relevant for both Courts.

Currently, cooperation and interaction between the two Courts – if formalized at all – belongs to the sphere of “soft law”. This description applies, for example, to the joint communication from the Presidents of the two Courts, Skouris and Costa, in 2011.¹⁵ All non-formalized forms of interaction, such as a “judicial dialogue” and exchanges of opinion, have been qualified as “legal diplomacy”. In reality, however, it is much more than that, i.e. “judicial cooperation” in the widest sense of the term.

In this context, we need to differentiate between an open exchange of opinions among judges (1), a dialogue based on institutionalized procedures (2), and interactions between the Courts in the context of their reasoning (3), the latter being less obvious but no less important.

Exchange of opinions among judges

An open exchange of opinions can take place either between the two Courts, e.g. on the occasion of regular annual meetings, or in a dialogue with other courts, e.g. within the framework of meetings of the constitutional and supreme courts of Germany, Austria, Liechtenstein or Switzerland with the ECtHR and the ECJ, or on the occasion of the opening of the court year at the ECtHR. As a rule, “Chatham House rules” apply during such meetings, which allow participants to address controversial issues in the development of the jurisprudence of another court or to focus on delicate topics that deserve to be discussed from different points of view.

Institutionalized dialogue based on procedural rules

It is interesting to note that there are procedural provisions facilitating the judicial dialogue. The European Union, represented by the European Commission, may be granted permission to take part in the proceedings as a third party pursuant to Art.36(2) ECHR, for instance in the case *Emesa Sugar N.V. v. the Netherlands*¹⁶ or in the case *Bosphorus v. Ireland*. In the latter case, a representative of the European Commission even participated in the oral hearings. Although third-party intervention pursuant to Art.36(2) is not a “right”, but in the discretion of the President of the Court, the ECtHR has never denied such request from the

¹⁵ Joint Communication from President Costa and Skouris, 18.3.2013.

¹⁶ *Emesa Sugar N.V. v. the Netherlands* (Dec), no. 62023/00, 3.8.2000.

Commission, provided it was submitted in due time. A contribution from the European Commission as a third party may be very helpful and important, e.g. in assessing whether interference with a Convention right (Art.8,9,10,11 ECHR) is “provided for by Union law”. In the transitional phase prior to accession, the possibility of third-party intervention certainly could have been used more frequently as a formal basis for the exchange of arguments in specific cases. It should also be mentioned that the scope of “third-party intervention” before the Court is wider than that envisaged for the “co-respondent mechanism” in the draft of the accession treaty.

Another important procedural provision concerns the so-called national judges. According to the rules of procedure of the Court, the elected judge of the Contracting Party against which the complaint has been lodged is involved in the decision-making body, be it the Chamber or the Grand Chamber (Art. 26(3) ECHR). In a case against all Member States of the European Union, this position is assigned to a “common-interest judge”, who has to perform the same task as a national judge, i.e. explain the specificities of the Union law to be applied. It goes without saying that this is a temporary solution as long as there is no “Union judge” participating in the proceedings.

When we examine the judgments, it becomes clear that the ECtHR takes Union law into consideration and that, vice versa, the Luxembourg Court considers the position taken by the ECtHR. Union law can be referred to in the reasoning, either implicitly or explicitly, and may be decisive for the outcome. Let me illustrate this point on the basis of two examples.

*Christine Goodwin v. the United Kingdom*¹⁷, the pioneering case regarding transsexuality, is probably known to all of you. The Strasbourg Court referred at great length to the Luxembourg judgment of 30 April 1996 in the case *P. v. S. and Cornwall County Council*¹⁸ and to subsequent decisions; moreover, it quoted Article 9 of the Fundamental Rights Charter. The fact that the wording of this provision of the Fundamental Rights Charter differs from that of the ECHR through the omission of the reference to men and women was used as an argument in favour of the interpretation of Art.12 EHRC and provided the basis for the Court’s conclusion that there was a breach of that provision.¹⁹

Another example is *Markin v. Russia*²⁰, the case decided by the Grand Chamber in 2012. The case concerned sex discrimination, as in Russia parental leave is only granted to mothers working in the military, but not to fathers. Here again, extensive reference was made to Union law to determine a European standard, although Russia is not even a member of the European Union.

¹⁷ *Christine Goodwin v. United Kingdom*, no. 28957/95, 11.7.2002.

¹⁸ *P. v .S. and Cornwall City Council*, C13/94, 30.4.1996.

¹⁹ See also *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, 24.6.2010, regarding same-sex partnerships.

²⁰ *Konstantin Markin v. Russia*, no. 30078/06, 22.3.2012.

Interaction between the Courts in the context of their legal reasoning

Besides these clear and visible references, we also need to take a look at a certain implicit dialogue as an expression of the mutual respect of the Courts, which is not necessarily reflected in the wording of their decisions and judgments. This means that the arguments and considerations based on Union law, which may have a decisive influence on the future development of interaction between the two systems, constitute a sub-text to these judgments. Here, too, I should like to mention some examples.

In *Michaud v. France*²¹ the Court had to assess a special provision against money laundering, which was based on Union law and gave rise to questions under Art.8 ECHR; the underlying case had not yet been put to the European Court of Justice with a request for a preliminary ruling on the fundamental right to data protection. The Strasbourg Court therefore had to take the primary role of the ECJ in guaranteeing adequate protection of human rights into account. However, the Court could not apply the “presumption of equivalent protection” of the *Bosphorus* judgment, as – given the refusal of the Conseil d’Etat to request a preliminary ruling in Luxembourg – the “full potential of the relevant international machinery for supervising fundamental rights” had not yet been deployed. This case can be taken as a practical illustration of mutual respect, with the Strasbourg Court considering positions that may in future be taken by the Luxembourg Court.

It is important to underline that the Court limits itself to the interpretation of Convention rights and does not interfere with the competences of the Court of Justice of the European Union, which has exclusive jurisdiction in matters relating to the interpretation of Union law. Sometimes, however, the way in which different notions are interpreted depends on the legal system concerned. In such situations, reflecting on the potential implications of a judgment for the other legal system may help to prevent unwanted effects and misunderstandings.

Finally, I should like to refer to exchanges beyond the narrow scope of judicial decisions, where a comparison of different systems may be a source of inspiration for reforms. A 16th Protocol to the ECHR is currently being elaborated, which provides for an advisory opinion of the Court to be issued upon the request of a national court. Although the system differs widely from the preliminary ruling mechanism, the latter was frequently referred to in the course of the discussion of this model.

Where do we go from here?

This leads me to my last question: Where do we go from here? We must accept that the transitional phase with its “fragile balance” is going to last for a while, at least until the EU’s accession to the ECHR takes effect. I think we can make the most of it by strengthening

²¹ *Michaud v. France*, no. 12323/11, 6.3.2013.

cooperation – informal as it may be – and interaction whenever it appears to produce meaningful results. Thus, we can prepare for the intensified dialogue between the European Courts called for in the declaration concerning the EU's accession to the ECHR in the annex to the Treaty of Lisbon. Judicial dialogue will continue to develop on a case-by-case basis. However, the guiding principle should remain the same: mutual respect for the work of all courts with a view to more effective protection of human rights – be it at national or European level.

Elisabeth STEINER
Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Einleitung: Allgemeiner Zusammenhang

In den letzten 50 Jahren kann nicht nur eine Ausweitung internationaler Verträge zum Schutz der Menschenrechte und Freiheiten beobachtet werden, sondern auch eine steigende Dichte im Aufbau von Institutionen: Einige neue Gerichte, wie spezialisierte Strafgerichte und Gerichte in regionalen Teilsystemen, haben ebenso wie neue Experteneinrichtungen ihre Arbeit aufgenommen. Die Kompetenzen der jeweiligen Gremien und Gerichte sind im Regelfall in den einschlägigen Gründungsverträgen festgeschrieben. Übergreifende Regelungen, die Interaktion und Kooperation vorsehen, existieren nur im Ausnahmefall und ebenso selten finden sich Regelungen für potentielle Konflikte.¹

Dies gilt vor allem für den europäischen Kontext mit seinen zwei Hauptakteuren: dem Europarat als internationale Organisation mit 47 Mitgliedstaaten und der Europäischen Union als supranationale Organisation mit 28 Mitgliedstaaten. Die Kooperation und Interaktion ihrer Gerichtshöfe – des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs der Union – stehen sowohl in der Politik als auch in der Wissenschaft im Zentrum der Aufmerksamkeit. Die Folgen dieser Kooperation und Interaktion sind zudem von großer Bedeutung für die nationalen Gerichte, da diese mit der Rezeption und Umsetzung der jeweiligen Urteile konfrontiert sind. Ein Mangel an Kooperation und Interaktion, der in sich widersprechenden Urteilen resultiert, wäre für das europäische Projekt insgesamt kontraproduktiv und würde schließlich die Autorität der Gerichte gefährden. Der Ausgangspunkt der Diskussionen ist daher das gemeinsame Interesse aller beteiligten Akteure, die Kooperation zu verstärken und zu greifbaren Resultaten zu führen.

Wie stellt sich nun die Innenansicht dar? Ich werde die Perspektive vom Straßburger Gerichtshof nach Luxemburg blickend einnehmen und mir vorstellen, wie der Luxemburger Gerichtshof zu uns zurückblicken könnte. Grundsätzlich stellen sich die folgenden drei Fragen: Woher kommen wir, wo stehen wir und wohin gehen wir?

Woher kommen wir?

Geschichte spielt dann eine Rolle, wenn sie für die aktuelle Situation ausschlaggebend ist. Lassen Sie mich daher drei sehr wichtige Faktoren in Erinnerung rufen.

Erstens, die Idee des Beitritts der EU zur EMRK war lange Zeit in der Schwebe und die Umsetzung ist, nachdem endlich der erforderliche institutionale Rahmen dafür geschaffen worden ist, bis heute noch nicht abgeschlossen, wenn auch der Prozess inzwischen gut

¹ Für den Bereich der EMRK Art 35 Abs 2 (b).

verläuft. Es ist hauptsächlich eine Frage des politischen Willens und beide europäischen Gerichtshöfe sind in diesem Kontext nur „Objekte“ sowie Beobachter der politischen Debatte und der formellen Beitrittsverfahrens. Beide Gerichtshöfe mögen eingeladen worden sein, eine Stellungnahme zum Entwurf des Beitrittsvertrages der EU abzugeben, aber am Ende müssen dennoch die „Herren der Verträge“, die Mitgliedstaaten und ihre Parlamente, entscheiden.

Vorausgesetzt, dass nunmehr ein Konsens auf Regierungsebene zwischen allen 47 Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission über den Beitrittsvertrag besteht, können wir hinsichtlich des Ratifikationsprozesses also vorsichtig optimistisch sein, auch trotz Euro-Skepsis und Kritik an richterlichem Aktivismus.

Der zweite bedeutende historische Faktor ist die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH beginnend mit dem Urteil Stauder im Jahr 1969². Der EuGH baute nicht nur eine tatsächliche Menschenrechtsprechung auf Basis der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten auf, sondern auch auf Basis der EMRK im Lichte der Rechtsprechung des EGMR. Darauf wurde ausdrücklich in mehreren Urteilen des EuGH hingewiesen und ist nunmehr auch primärrechtlich verankert.

Das dritte relevante historische Element ist die detaillierte Rechtsprechung des EGMR in Fällen mit Unionsrechtsbezug. In der Rechtsliteratur wurde es als "30 Jahre sehr vorsichtige, oft zurückhaltende, rechtswissenschaftliche Politik" bezeichnet³, allerdings bin ich mir nicht sicher, ob diese Charakterisierung tatsächlich zutrifft. Meines Erachtens ist es nicht eine Frage einer „Politik“, sondern vielmehr das Produkt der konkreten Einzelfallbeurteilung der jeweiligen Menschenrechtsfälle. Den Ausgang nimmt diese Entwicklung mit einem Fall im Jahre 1978 zurück in dem ein Beschwerde gegen „die Europäischen Gemeinschaften und subsidiär die Gemeinschaft der Mitgliedstaaten sowie die einzelnen Mitgliedstaaten“, damals noch vor der Menschenrechtskommission (EKMR) erhoben wurde. Diese Beschwerde wurde von der EKMR mangels Zuständigkeit zurückgewiesen, mit der Begründung, dass die Europäischen Gemeinschaften kein Vertragsstaat der EMRK wäre.⁴ Das ist bis heute die Rechtsposition des Gerichtshofs hinsichtlich Beschwerden, die sich gegen die EU an sich richten. Um diese Lücke im Menschenrechtsschutz zu schließen wurde in weiterer Folge das Projekt des Beitritts der EU zur EMRK auf den Weg gebracht. Soweit sich Beschwerden gegen die jeweiligen EU Mitgliedstaaten richten, machte der EGMR einen großen Schritt im Urteil *Matthews gg. das Vereinigte Königreich*.⁵ Dieser Fall betraf die Europawahlen 1994 von deren Teilnahme Bürger von Gibraltar ausgeschlossen waren. In diesem Urteil wurde das erste Mal eine Verletzung der EMRK, genauer von Art 3 Zusatzprotokoll Nr. 1, durch einen

² Erich Stauder gg Stadt Ulm/Sozialamt RS 29/69, 12.11.1969.

³ Scheek, S. 16.

⁴ CFDT gg. die EG und subsidiär die Mitgliedstaaten als Gemeinschaft sowie einzeln, Nr. 8030/77 (1978).

⁵ Matthews gg das Vereinte Königreich, nr. 24833/94, 18.2.1999.

Mitgliedstaat für einen Sachverhalt mit Unionsrechtsbezug festgestellt. Die grundsätzliche Bedeutung dieses Urteils für unser Thema kann nicht hoch genug eingeschätzt werden, da in diesem Urteil der Gerichtshof ausdrücklich anerkannt hat, dass es sich beim Europäischen Parlament, trotz seiner im Vergleich zu einem typischen Parlament eines Konventionsstaates eingeschränkten Kompetenzen um einen diesen grundsätzlich gleichgestellten „Gesetzgeber“ (legislature) handelt.⁶ Der nächste wesentliche Schritt wurde im Urteil *Bosphorus gg. Irland*⁷ gesetzt, in welchem die berühmte „Vermutung des äquivalenten Schutzes“ für den Bereich des Rechtes der Europäischen Union entwickelt wurde. Der Gerichtshof stellte dazu eine widerlegbare Vermutung, auf, nach der innerhalb der Rechtsordnung der EU bestehende Rechtsschutz ausreicht und der Gerichtshof nicht in eine Prüfung des Falles eintritt, es sei denn, dass

„...im Hinblick auf die Umstände eines bestimmten Falles anzunehmen ist, dass der Schutz der Grundrechte offenkundig unzureichend war. In solchen Fällen muss die Bedeutung der Konvention als ‚verfassungsrechtliches Instrument des europäischen ordre public‘ auf dem Gebiet der Menschenrechte das Interesse an der internationalen Zusammenarbeit überwiegen.“

Ein ähnliches Argument hatte der Gerichtshof schon in einem früheren Fall, *Waite und Kennedy gg. Deutschland*⁸, entwickelt, der den Ausschluss des Rechtswegs vor ordentlichen deutschen Gerichten bezüglich Arbeitsrechtsstreitigkeiten der Europäischen Weltraumorganisation betraf. Für den Gerichtshof war bei der Beurteilung der Vereinbarkeit dieser Beschränkung mit Artikel 6 EMRK das Bestehen vernünftiger alternativer Mittel zum Schutz der Grundrechte innerhalb der Organisation ein wichtiges Argument.⁹ In nachfolgenden Fällen wie beispielsweise *Kokkelvisserij gg. die Niederlande*¹⁰, *M.S.S. gg. Belgien und Griechenland*¹¹ und *Michaud gg. Frankreich*¹² wird die im *Bosphorus* Fall entwickelte „Vermutung des äquivalenten Schutzes“ weiterentwickelt und, etwa im Fall *Boivin*¹³, auch auf andere Organisationen wie Eurocontrol angewendet wurde.

Die Ergebnisse der historischen Entwicklung in den letzten Jahrzehnten sind daher einerseits wiederholte und bekräftigte politische Versprechen und andererseits eine beträchtliches Ausmaß an bedeutender Rechtsprechung der beiden Gerichtshöfe, entwickelt auf der Grundlage des gemeinsamen Respekts und des Wartens darauf, dass die Politiker die gegebenen Versprechen erfüllen.

⁶ Ibid. §§ 40-44.

⁷ *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi gg. Irland*, nr. 45036/98, 30.6.2005.

⁸ *Waite und Kennedy gg. Deutschland*, nr. 26083/94, 18.2.1999.

⁹ Ibid. §§ 68-69.

¹⁰ *Coöperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkelvisserij ua gg. Die Niederlande (Dec.)*, nr. 13645/05, 20.1.2009.

¹¹ *M.S.S. gg. Griechenland und Belgien*, nr. 30696/09, 21.1.2011, § 338.

¹² *Michaud gg. Frankreich*, nr. 12323/11, 6.12.2012.

¹³ *Boivin gg. 34 Mitgliedsstaaten des Europarates (Dec.)*, nr. 73250/01, 9.9.2008.

Wo stehen wir heute?

Auf dieser Basis können wir nun die wichtigste Frage beantworten: Wo stehen wir heute?

Formale Kriterien, die den status quo kennzeichnen

Wir befinden uns noch in einer Übergangsphase, die Allan Rosas bereits 2005 als „überholte Anomalie“ bezeichnete.¹⁴ Es ist zwar richtig, wie auch in der Literatur betont wird, dass in einer solchen Übergangsperiode nur ein „zerbrechliches Gleichgewicht“ erreicht werden kann, doch hat sich diese Situation seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon insofern geändert als der Beitritt nicht länger nur eine Option, sondern ein verbindlich festgelegtes Ziel ist. Nichtsdestotrotz besteht es keine institutionelle Verbindung, weder zwischen dem Europarat und der Europäischen Union noch zwischen deren Gerichtshöfen. Aus der Sicht des geltenden Rechtes bestehen beide Gerichtshöfe isoliert nebeneinander. Doch gibt es eine Besonderheit: alle Mitgliedstaaten einer Organisation sind ebenso Mitgliedstaaten der anderen Organisation, aber nicht *vice-versa*; ein Faktor, der zu einem gewissen Ungleichgewicht führt. Gleichzeitig besteht aber eine gewisse Überschneidung der Kompetenzen, da die Interpretation der Menschenrechte für beide Gerichtshöfe maßgebend ist.

Gegenwärtig bildet die Kooperation und Interaktion zwischen den beiden Gerichtshöfen – soweit überhaupt formalisiert – einen Teil des „soft law“. Diese Beschreibung trifft beispielsweise auf die gemeinsame Erklärung der Präsidenten der beiden Gerichtshöfe Skouris und Costa aus dem Jahr 2011 zu.¹⁵ Alle nicht-formalisierten Arten der Interaktion wie „richterlicher Dialog“ und Meinungs austausch wurden als „rechtswissenschaftliche Diplomatie“ beschrieben, aber es ist mehr als das. Es ist vielmehr „richterliche Kooperation“ in der breiten Bedeutung des Wortes.

In diesem Zusammenhang erscheint es notwendig, zwischen offenem Meinungs austausch unter den Richtern (1), verfahrensrechtlich institutionalisierter Dialog (2) und Interaktion zwischen den Gerichtshöfen im Begründungskontext (3), die zwar nicht so offenkundig, aber nichtsdestoweniger bedeutend ist, zu unterscheiden.

Meinungs austausch unter Richtern

Der offene Meinungs austausch kann entweder speziell zwischen den beiden Gerichtshöfen wie etwa in regelmäßigen jährlichen Treffen stattfinden oder im Dialog mit anderen Gerichten eingebettet sein, wie beispielsweise im Rahmen von Treffen der Verfassungs- oder Höchstgerichte aus Deutschland, Österreich, Liechtenstein oder der Schweiz mit dem EGMR und dem EuGH oder im Dialog im Rahmen der Eröffnung des Gerichtsjahres am EGMR. In aller Regel werden während dieser Treffen die „Chatham House Rules“ angewendet,

¹⁴ A. Rosas, Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts, in: C. Baudenbacher et al (Hrsg.), The EFTA Court: Ten Years On, Oxford 2005.

¹⁵ Joint Communication from President Costa and Skouris, 18.3.2013.

wodurch es möglich wird, kontroverielle Themen in der Entwicklung der Rechtsprechung eines anderen Gerichts anzusprechen oder sich auf heikle Themen zu konzentrieren, bei denen es sich lohnt, unterschiedliche Positionen zu diskutieren.

Verfahrensrechtlich institutionalisierter Dialog

Es ist bemerkenswert, dass es einige institutionelle Vorschriften gibt, den juristischen Dialog zu erleichtern. Dementsprechend kann die EU, repräsentiert durch die Europäische Kommission, als Drittbeteiligte im Verfahren gemäß Artikel 36 Abs. 2 EMRK, wie beispielsweise im Fall *Emesa Sugar N.V. gg. die Niederlande*¹⁶ oder im Fall *Bosphorus gg. Irland*, die Erlaubnis erhalten teilzunehmen. Im letzteren Fall nahm ein Vertreter der Kommission sogar an der mündlichen Verhandlung teil. Wenn auch Drittbeteiligung auf Basis des Artikels 36 Abs 2 kein „Recht“ darstellt, sondern im Ermessen des Präsidenten des Gerichtshofes liegt, hat der EGMR bisher niemals der Kommission ein solches Ansuchen verweigert, solange dieses rechtzeitig gestellt wurde. Der Beitrag der Europäischen Kommission als Drittbeteiligte kann sehr hilfreich und wichtig sein, z.B.: bei der Beurteilung ob ein Eingriff in ein Konventionsrecht (Artikel 8, 9, 10, 11 EMRK) bei der Anwendung von Unionsrecht „gesetzlich vorgesehen“ ist. Die Möglichkeit der Drittbeteiligung hätte in der Übergangsphase vor dem Beitritt sicherlich öfter angewendet werden können, um eine formale Grundlage für einen Austausch von Argumenten für bestimmte Fälle zu bieten. Erwähnt sei zudem, dass der Anwendungsbereich der „Drittbeteiligung“ vor dem Gerichtshof breiter ist als jener, der für den „Mitbeklagten-Mechanismus“ im Entwurf des Beitrittsvertrags angedacht ist.

Eine andere bedeutende Vorschrift betrifft die sogenannten nationalen Richter. Nach der Verfahrensordnung des Gerichtshofes ist der jeweilige gewählte Richter des Vertragsstaates gegen den sich die Beschwerde richtet in das Entscheidungsorgan eingebunden, sei es die Kammer oder die Große Kammer (Artikel 26 Abs 4 EMRK). Wenn sich ein Fall gegen alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union richtet, ist diese Position einem „Richter des gemeinsamen Interesses“ zugeordnet. Er oder sie hat dieselbe Aufgabe wie ein nationaler Richter, dh die Besonderheiten des anzuwendenden Unionsrechts zu erklären. Das ist selbstverständlich nur eine vorübergehende Lösung so lange kein richtiger „Unionsrichter“ an den Beratungen teilnimmt.

Die Tatsache, dass der EGMR Unionsrecht ebenso berücksichtigt wie auch der Gerichtshof in Luxemburg Stellung bezieht, lässt sich klar in den Urteilen herauslesen. Unionsrecht kann implizit oder explizit für die Argumentation herangezogen werden und kann auch für die Beschlussfassung ausschlaggebend sein. Ich möchte das anhand von zwei Beispielen veranschaulichen.

¹⁶ *Emesa Sugar N.V. gg. die Niederlande* (Dec), nr. 62023/00, 3.8.2000.

Der Fall *Christine Goodwin gg das Vereinigte Königreich*¹⁷, der wegweisende Fall in Bezug auf Transsexualität, ist wohl bekannt. Der Straßburger Gerichtshof verwies dort umfangreich auf das Urteil aus Luxemburg vom 30. April 1996, im Fall *P. v. S. und Cornwall County Council*¹⁸ und deren Folgeentscheidungen und zitierte auch Artikel 9 der Grundrechte-Charta. Die Tatsache, dass diese Bestimmung der Grundrechts-Charter vom Wortlaut des Artikel 12 EMRK durch das Weglassen des Bezuges auf Männer und Frauen abweicht, wurde als Argument für die Interpretation des Artikel 12 EMRK herangezogen und auch bei der Feststellung der Verletzung dieser Bestimmung verwendet.¹⁹

Ein anderes Beispiel ist der Fall *Markin gg Russland*²⁰, der 2012 von der Großen Kammer entschieden wurde. Es geht um Geschlechterdiskriminierung, da in Russland Elternkarenz nur Müttern, die für das Militär arbeiteten, gewährt wurde, aber nicht Vätern. Auch hier wurde zur Ermittlung eines europäischen Standards umfangreich auf Unionsrecht verwiesen, obwohl Russland nicht einmal Mitgliedstaat der Europäischen Union ist.

Interaktion zwischen den Gerichtshöfen im Begründungskontext

Neben diesen erkennbaren und sichtbaren Verweisen ist es aber auch notwendig, einen gewissen stillschweigenden Dialog vor Augen zu halten, der Ausdruck der gelebten gegenseitigen Rücksichtnahme zwischen den Gerichten ist und nicht notwendigerweise in den Entscheidungs- und Urteilstexten zu finden ist. Das bedeutet, Argumente und Überlegungen die auf Unionsrecht basieren und für die zukünftige Entwicklung der Interaktion zwischen den beiden Systemen bestimmend werden können, bilden einen Subtext für die Urteile. Lassen Sie mich auch dafür ein Beispiel bringen.

Im Fall *Michaud gg Frankreich*²¹ hatte der Gerichtshof eine spezielle Regelung gegen Geldwäsche zu beurteilen, die sich auf Unionsrecht stützte und Fragen unter Artikel 8 EMRK aufwarf, war der zugrundeliegende Fall noch nicht an den Europäischen Gerichtshof in Bezug auf das Grundrecht auf Datenschutz zur Vorabentscheidung herangetragen worden. Der Straßburger Gerichtshof musste daher die primäre Rolle des Europäischen Gerichtshofs bei der Garantie eines adäquaten Menschenrechtsschutzes berücksichtigen. Der Gerichtshof konnte aber nicht die „Vermutung des äquivalenten Schutzes“ aus dem *Bosphorus*-Urteil anwenden, da aufgrund der Weigerung des Conseil d’Etat eine Vorabentscheidung in Luxemburg einzuholen, der primär zuständige internationale Mechanismus zur Überwachung der Grundrechte noch nicht die Möglichkeit gehabt hatte, „sein ganzes Leistungsvermögen aufzuzeigen“. Hier können wir daher die gelebte Rücksichtnahme mit

¹⁷ *Christine Goodwin gg. Vereinigtes Königreich*, nr. 28957/95, 11.7.2002.

¹⁸ *P.v.S. und Cornwall City Council*, C 13/94, 30.4.1996.

¹⁹ Siehe auch *Schalk und Kopf gg. Österreich*, nr. 30141/04, 24.6.2010 im Bezug auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften.

²⁰ *Konstantin Markin g. Russland*, Nr. 30078/06, 22.3.2012.

²¹ *Michaud gg. Frankreich*, nr. 12323/11, 6.3.2013.

ihren Überlegungen für mögliche Positionen des Luxemburger Gerichtshofes an der Arbeit sehen.

Es ist wichtig zu betonen, dass der Gerichtshof sich auf die Interpretation der Konventionsartikel beschränkt und nicht in die Kompetenzen des Europäischen Gerichtshofes eingreift, der die alleinige Kompetenz zur Auslegung des Unionsrechts besitzt. Manchmal hängt jedoch die Interpretation der unterschiedlichen Konzepte der jeweiligen Rechtssysteme eng zusammen. In solchen Situationen können die Überlegungen über potentielle Folgen eines Urteils im anderen Rechtssystem dazu beitragen, ungewollte Auswirkungen und Missverständnisse zu verhindern.

Zu guter Letzt möchte ich auch den Dialog außerhalb der engen Anwendung der gerichtlichen Entscheidungsfindung erwähnen; beispielsweise die Inspiration für Reformen durch den Vergleich unterschiedlicher Urteilssysteme. Gerade jetzt ist ein 16. Protokoll zur EMRK in Vorbereitung, das eine gutachterliche Stellungnahme des Gerichtshofs auf Anfrage eines nationalen Gerichts vorsieht. Das System unterscheidet sich zwar sehr von der Vorabentscheidung, aber bei der Diskussion dieses Modells wurde immer wieder auf dieses verwiesen.

Wohin gehen wir?

Die letzte Frage ist daher: Wohin gehen wir von hier aus? – Wir müssen akzeptieren, dass die Übergangsphase mit seinem „zerbrechlichem Gleichgewicht“ noch eine kleine Weile anhalten könnte, jedenfalls bis zum Inkrafttreten des EU Beitritts zur EMRK. Ich glaube, wir können das Beste daraus machen indem die – informelle – Kooperation und Interaktion wo immer es ergiebig erscheint gestärkt wird, um damit den intensivierten Dialog zwischen den europäischen Gerichtshöfen vorzubereiten, zu dem in der Erklärung betreffend des EU Beitritts im Annex zum Vertrag von Lissabon aufgerufen wird. Richterlicher Dialog wird sich weiterhin auf einer Einzelfallbasis entwickeln. Das leitende Prinzip in der Zukunft sollte aber das gleiche bleiben: Wechselseitiger Respekt für die Arbeit aller Gerichtshöfe, um den Schutz der Menschenrechte zu stärken – sei es auf nationaler oder europäischer Ebene.

Элизабет ШТАЙНЕР
Судья в Европейском суде по правам человека

Введение: общая взаимосвязь

В последние 50 лет наблюдается не только расширение международных договоров по защите прав человека и основных свобод, но и растущая интенсивность в создании учреждений – начали свою работу некоторые новые суды, такие как, например, специализированные суды по уголовным делам или суды в региональных частичных системах, равно как и новые экспертные структуры. Компетенции соответствующих органов и судов, как правило, закреплены в соответствующих учредительных договорах. Выходящие за их пределы положения, предусматривающие взаимодействие и сотрудничество, существуют лишь в исключительных случаях, и столь же редко встречаются положения относительно потенциальных конфликтов.¹

Это верно, прежде всего, для европейского контекста с его двумя главными акторами: Советом Европы как международной организацией с 47 странами-членами и Европейским Союзом в качестве наднациональной организации с 47 государствами-членами. Сотрудничество и взаимодействие между их судами – Европейским судом по правам человека и Судом Европейского Союза – находятся в центре внимания как политических, так и научных кругов. Кроме того, последствия сотрудничества и взаимодействия имеют большое значение для национальных судов и ввиду того, что они сталкиваются с рецепцией и исполнением соответствующих решений суда. Недостаток сотрудничества и взаимодействия, который в результате становится причиной противоречащих друг другу решений суда, был бы контрапродуктивным для всего европейского проекта в целом и поставил бы, в конечном итоге, под угрозу авторитет судов. Исходной точкой дискуссий является, таким образом, общий интерес всех задействованных акторов в укреплении сотрудничества и достижении ощутимых результатов.

Каким представляется взгляд изнутри? Я взгляну в сторону Люксембурга с перспективы Страсбургского Суда и представлю себе, каким взглядом мог бы нам ответить Суд в Люксембурге. В принципе, возникают следующие три вопроса: откуда мы пришли, где мы находимся и куда мы идем?

Откуда мы пришли?

История играет определенную роль тогда, когда она имеет решающее значение для актуальной ситуации. Позвольте мне в связи с этим напомнить о трех очень важных факторах.

¹ Для области ЕКПЧ подпункт «b» п. 2 ст. 35.

Во-первых, идея присоединения ЕС к ЕКПЧ долгое время витала в воздухе и ее воплощение в жизнь после того, как, наконец, были созданы необходимые для этого институциональные рамки, на данный момент еще не завершено, хотя и процесс уже протекает хорошо. Ключевым здесь становится вопрос политической воли, и оба европейских суда являются в этом контексте лишь «объектами», а также наблюдателями политических дебатов и формальной процедуры присоединения. Оба суда были любезно приглашены представить свое заключение по проекту договора о присоединении ЕС, но в конечном итоге, однако, решение должны принять «хозяева Договоров», т. е. государства-члены и их парламенты.

При условии, что ныне существует консенсус на правительственном уровне между всеми 47 государствами-членами и Европейской комиссией касательно договора о присоединении, мы можем проявить осторожный оптимизм в отношении процесса ратификации, даже несмотря на евроскептицизм и критику судейского активизма.

Второй значительный исторический фактор – развитие судебной практики Европейского суда, начиная с решения по делу Штаудера в 1969 году². Европейский суд создал фактическую судебную практику по правам человека не только на основе общих конституционных традиций стран-членов, но и на основе ЕКПЧ в свете судебной практики ЕСПЧ. Европейский суд прямо указывал на это обстоятельство во многих своих решениях, что ныне закреплено и в первичном праве.

Третьим важным историческим элементом является детализованная судебная практика ЕСПЧ в делах, связанных с правом ЕС. В юридической литературе это именуется как «30 лет очень осторожной, часто сдержанной правоведческой политики»³, хотя я не уверена, является ли эта характеристика действительно верной. По моему мнению, это не вопрос какой-либо «политики», а скорее результат конкретной отдельной оценки соответствующих дел по правам человека. Начало этому развитию было положено в 1978 году, когда была заявлена жалоба против «Европейских Сообществ и субсидиарно против сообщества стран-членов, а также отдельных стран-членов», тогда еще в Европейскую комиссию по правам человека. Эта жалоба не была принята к рассмотрению Комиссией по причине неподсудности, с обоснованием, что Европейские Сообщества не являются государством – участником ЕКПЧ.⁴ Суд до сих пор занимает эту правовую позицию в отношении жалоб, которые направлены против ЕС; чтобы заполнить этот пробел в защите прав человека, в последующем был инициирован проект присоединения ЕС к ЕКПЧ. В тех случаях, когда

² Постановление от 12.11.1969 г. по делу № 29/69 «*Эрих Штаудер против г. Ульм*» (*Erich Stauder c. Ville d'Ulm-Sozialamt*).

³ Scheek, с. 16.

⁴ Постановление от 1978 г. по делу № 8030/77 «*CFDT против Европейских Сообществ и субсидиарно против сообщества стран-членов, а также отдельных стран-членов*».

жалобы направлены против соответствующих государств – членов ЕС, ЕСПЧ сделал большой шаг в постановлении по делу «*Мэтьюз против Соединенного Королевства*» (*Matthews v. United Kingdom*).⁵ Дело касалось выборов в Европейский парламент 1994 года, возможности участия в которых жители Гибралтара были лишены. В этом решении было впервые установлено нарушение ЕКПЧ, точнее, ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции, государством-членом в отношении обстоятельств дела, связанных с правом ЕС. Принципиальное значение решения для нашей темы трудно переоценить, так как в нем Суд четко признал, что Европейский парламент, несмотря на его, в сравнении с типичным парламентом государства – участника Конвенции, ограниченные компетенции, является принципиально приравненным к ним «законодателем» (*legislature*).⁶ Следующим существенным шагом стало решение по делу «*Босфорус айруэйз против Ирландии*» (*Bosphorus v. Ireland*)⁷, в котором была разработана знаменитая «презумпция эквивалентной защиты» в области права Европейского Союза. Суд сформулировал опровержимую презумпцию о том, что существующая внутри правопорядка ЕС правовая защита достаточна и Суд не начинает проверку дел, за исключением случаев, когда

«...ввиду обстоятельств определенного дела следует предположить, что защита основных прав и свобод была явно недостаточной. В таких случаях значение Конвенции как „конституционно-правового инструмента европейского ordre public“ в сфере прав человека должно перевесить интерес к международному сотрудничеству».

Подобный аргумент ЕСПЧ уже разработал в более раннем деле «*Уэйт и Кеннеди против Германии*» (*Waite and Kennedy v. Germany*),⁸ касавшемся ограничения права на обращение в суды общей юрисдикции Германии по трудовым спорам Европейского космического агентства. Для Суда при оценке совместимости данного ограничения со статьей 6 ЕКПЧ важным аргументом стало существование разумных альтернативных средств защиты основных прав и свобод внутри организации.⁹ В последующих постановлениях, например, по делам «*Коккелвиссерей И. А. против Нидерландов*» (*Kokkelvisserij U. A. v. Netherlands*)¹⁰, «*М. С. С. против Бельгии и Греции*» (*M.S.S. v.*

⁵ Постановление от 18.02.1999 г. № 24833/94 по делу «*Мэтьюз/с против Соединенного Королевства*» (*Matthews v. United Kingdom*).

⁶ Там же. §§ 40-44.

⁷ Постановление от 30.06.2005 г. № 45036/98 по делу «*Босфорус Хава Йоллары Туризм ве Тиджарет Аноним Ширкети "Босфорус айруэйз" против Ирландии*» (*Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi "Bosphorus Airways" v. Ireland*).

⁸ Постановление от 18.02.1999 г. № 26083/94 по делу «*Уэйт и Кеннеди против Германии*» (*Waite and Kennedy v. Germany*).

⁹ Там же. §§ 68-69.

¹⁰ Постановление от 20.01.2009 г. № 13645/05 по делу «*Кооперативе продюсентенорганисати ван де недерландсе коккелвиссерей И. А. против Нидерландов*» (*Cooperative Producentenorganisatie van de Nederlands Kokkelvisserij a. o. v. Netherlands*).

Belgium and Greece)¹¹ и «Мишо против Франции» (*Michaud v. France*)¹² разработанная в деле «Босфорус» «презумпция эквивалентной защиты» получила дальнейшее развитие и была применена, например, в деле «Буавен»¹³, также к другим организациям, таким как Евроконтроль.

Результатами исторического развития последних десятилетий являются, с одной стороны, многократные твердые политические обещания и, с другой стороны, значительная часть важных судебных решений обоих судов, принятых на основе взаимного уважения и ожидания того, что политики выполнят свои обещания.

Где мы находимся сейчас?

На основании вышесказанного мы теперь можем ответить на наиважнейший вопрос: где мы находимся сейчас?

Формальные критерии, определяющие status quo

Мы переживаем переходный период, который Аллан Розас еще в 2005 году назвал «устаревшей аномалией».¹⁴ Хотя и верно то, что в подобный переходный период, и это часто подчеркивается в литературе, может быть достигнуто лишь «хрупкое равновесие», однако с момента вступления в силу Лиссабонского договора ситуация изменилась, поскольку присоединение уже больше не является лишь возможностью, а установлено в качестве обязывающей цели. Тем не менее, не существует какой-либо институциональной связи ни между Советом Европы и Европейским Союзом, ни между их судами. С перспективы действующего права оба суда сосуществуют изолированно друг от друга. Но есть одна особенность: все государства – члены организации являются также государствами – членами другой организации, но не наоборот; этот фактор создает определенное неравновесие. В то же время, однако, происходит некоторое перекрытие компетенций, так как толкование прав человека играет решающую роль для обоих судов.

В настоящее время сотрудничество и взаимодействие между обоими судами представляет собой, если оно вообще формализовано, часть «мягкого права». Это характеризует, например, и общее заявление Председателей обоих судов Скуриса и Коста от 2011 года.¹⁵ Все неформализованные виды взаимодействия, такие как «судейский диалог» и обмен мнениями, были причислены к «юридической

¹¹ Постановление по делу от 21.01.2011 г. № 30696/09 «*М. С. С. против Бельгии и Греции*» (*M.S.S. v. Belgium and Greece*), § 338.

¹² Постановление от 6.12.2012 г. № 12323/11 по делу «*Мишо против Франции*» (*Michaud v. France*).

¹³ Постановление от 9.9.2008 г. № 73250/01 по делу «*Буавен против 34 государств – участников Совета Европы*» (*Boivin v. 34 Member States of the Council of Europe*).

¹⁴ A. Rosas, Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts, in: C. Baudenbacher et al (Hrsg.), *The EFTA Court: Ten Years On*, Oxford 2005.

¹⁵ Joint Communication from President Costa and Skouris, 18.3.2013 г.

дипломатии», но они представляют собой нечто большее. Это – «судейское сотрудничество» в широком смысле слова.

В этой связи представляется необходимым провести различие между открытым обменом мнениями между судьями (1), институционализированным в области процессуального права диалогом (2) и взаимодействием между судами в контексте обоснования решений (3), которое хотя и не так очевидно, но тем не менее значительно.

Обмен мнениями между судьями

Открытый обмен мнениями может происходить либо между обоими судами – например, в ходе регулярных ежегодных встреч, – либо быть встроенным в диалог с другими судами, например, в рамках встреч конституционных и высших судов из Германии, Австрии, Лихтенштейна и Швейцарии с ЕСПЧ и Судом ЕС, или путем диалога в рамках открытия судебного года в ЕСПЧ. Как правило, во время этих встреч применяются правила конфиденциальности Чатем-Хаус, позволяющие затронуть спорные темы в развитии судебной практики другого суда или сосредоточиться на щекотливых темах, заслуживающих обсуждения различных позиций.

Институционализация диалога в области процессуального права

Примечательно, что существует несколько институциональных норм, призванных облегчить юридический диалог. В соответствии с ними Европейский Союз, представленный Европейской комиссией, получил разрешение участвовать в качестве третьего лица в процессах согласно п. 2 ст. 36 ЕКПЧ, например, в деле *«Компания Эмеса Шугар Н.В. против Нидерландов»* (*Emesa Sugar N. V. v. Netherlands*)¹⁶ или *«Босфорус против Ирландии»* (*Bosphorus v. Ireland*). В последнем деле представитель Европейской комиссии даже принял участие в устном разбирательстве. Хотя участие третьего лица на основании п. 2 ст. 36 не является «правом», а остается на усмотрение Председателя Суда, все же ЕСПЧ до сих пор ни разу не отказал Еврокомиссии в подобном ходатайстве, если оно было заявлено своевременно. Участие Европейской комиссии в качестве третьего лица может быть очень полезным и важным, например, при оценке того, является ли посягательство на закрепленное в Конвенции право (ст. ст. 8, 9, 10, 11 ЕКПЧ) при применении права ЕС «предусмотренным законом». Возможность участия третьего лица могла бы, несомненно, применяться чаще в переходный период перед присоединением с тем, чтобы предоставить формальную основу для обмена аргументами по определенным делам. Следует также отметить, что сфера применения «участия третьего лица» в Суде шире, чем сфера применения «механизма соответчика», предусмотренного в проекте договора о присоединении.

¹⁶ Постановление от 3.08.2000 г. № 62023/00 по делу *«Компания Эмеса Шугар Н.В. против Нидерландов»* (*Emesa Sugar N. V. v. Netherlands*).

Другая значимая норма касается так называемых национальных судей. Согласно Регламенту ЕСПЧ, судья, избранный от государства – участника Конвенции, против которого направлена жалоба, вовлечен в орган, принимающий решение, будь то Палата или Большая палата (п. 4 ст. 26 ЕКПЧ). Если жалоба направлена против всех государств – членов ЕС, то эта позиция приписывается «судье общего интереса», который выполняет ту же задачу, что и национальный судья, то есть объясняет особенности применимого права Европейского Союза. Само собой разумеется, это лишь временное решение, действующее до тех пор, пока в совещаниях не примет участие настоящий «судья ЕС».

Факт, что ЕСПЧ учитывает Европейское право так же, как и выражает по нему свою позицию Суд в Люксембурге, можно отчетливо увидеть в тексте решений. Право ЕС может быть скрыто или явно привлечено для аргументации и сыграть решающую роль при вынесении постановления. Я хотела бы наглядно показать это при помощи двух примеров.

Дело «*Кристин Гудвин против Соединенного Королевства*» (*Christine Goodwin v. United Kingdom*)¹⁷, основополагающее дело в отношении правового статуса транссексуалов, вероятно, уже получило широкую известность. Страсбургский Суд обширно цитировал в нем постановление из Люксембурга от 30 апреля 1996 года по делу «*Р. против S. и Совета графства Корнуолл*» (*P. v. S. and Cornwall County Council*)¹⁸ и последовавшие за ним решения и также указал на содержание ст. 9 Хартии об основных правах. Факт того, что данное положение Хартии об основных правах несколько отстает от текста ст. 12 ЕКПЧ из-за того, что не содержит указания и на мужчин, и на женщин, был приведен в качестве аргумента для толкования ст. 12 ЕКПЧ, а также использован для установления нарушения этого положения.¹⁹

Еще одним примером служит дело «*Маркин против России*»²⁰, которое было разрешено Большой палатой в 2012 году. Речь идет о дискриминации на основании пола, так как в России отпуск по уходу за ребенком предоставлялся только военнослужащим женского пола, но не военнослужащим-мужчинам. И здесь для определения европейского стандарта были сделаны многочисленные ссылки на право ЕС, хотя Россия даже не является государством – членом ЕС.

¹⁷ Постановление от 11.07.2002 г. № 28957/95 по делу «*Кристин Гудвин против Соединенного Королевства*» (*Christine Goodwin v. United Kingdom*).

¹⁸ Постановление от 30.04.1996 г., С 13/94 по делу «*Р. против S. и Совета графства Корнуолл*» (*P. v. S. und Cornwall City Council*).

¹⁹ См. также постановление от 24.06.2010 г. № 30141/04 по делу «*Шальк и Копф против Австрии*» (*Schalk und Kopf v. Austria*) относительно однополых партнерств.

²⁰ Постановление от 22.03.2012 г. № 30078/06 по делу «*Константин Маркин против России*».

Взаимодействие между судами в контексте обоснования

Однако, помимо этих явных и заметных ссылок, также важно помнить об определенном молчаливом диалоге, который является выражением реального взаимного уважения судов друг к другу и не обязательно содержится в текстах решений и постановлений. Это означает, что аргументы и соображения, которые основаны на праве ЕС и могут стать определяющими для будущего развития взаимодействия между обеими системами, составляют субтекст для решений. Позвольте мне привести пример и для этого.

В деле «*Мишо против Франции*» (*Michaud v. France*)²¹ Суду предстояло оценить особое положение, касавшееся отмывания денег, которое опиралось на право ЕС и поднимало вопросы по ст. 8 ЕКПЧ, так как лежащее в его основе дело еще не было направлено в Суд ЕС для вынесения постановления в преюдициальном порядке в отношении основного права на защиту данных. Страсбургский Суд должен был, следовательно, принять во внимание главенствующую роль Суда ЕС при гарантировании адекватной защиты прав человека. Однако Суд не мог применить «презумпцию эквивалентной защиты», выработанную в решении по делу «*Босфорус Эйруэйз*» (*Bosphorus*), так как ввиду отказа Государственного совета в направлении преюдициального запроса в Люксембург международный механизм, призванный, прежде всех других, следить за соблюдением прав человека, еще не имел возможности «проявить весь свой потенциал». Итак, здесь мы видим вживую принятие во внимание мнения Суда в Люксембурге, сопровождающееся размышлениями о его возможных позициях.

Важно подчеркнуть, что ЕСПЧ ограничивается толкованием статей Конвенции и не вмешивается в сферу компетенции Суда Европейского Союза, который обладает исключительной компетенцией по толкованию права ЕС. Иногда интерпретация различных концепций соответствующих правовых систем, однако, тесно взаимосвязана. В таких ситуациях размышления о потенциальных последствиях решения в другой правовой системе могут способствовать предотвращению нежелательных последствий и недоразумений.

В заключение я хотела бы упомянуть о диалоге вне рамок узкого применения принятия судебного решения; например, вдохновение к реформам благодаря сравнению различных систем вынесения решения. В данный момент на стадии подготовки находится 16 Протокол к ЕКПЧ, который предусматривает составление консультативного заключения Судом по запросу национального суда. И хотя система сильно отличается от преюдициальной процедуры, однако при обсуждении этой модели вновь и вновь указывалось именно на нее.

²¹ Постановление от 6.03.2013 г. № 12323/11 по делу «*Мишо против Франции*» (*Michaud v. France*).

Куда мы идем?

Итак, последний вопрос: «Куда мы отсюда идем?» Мы должны принять тот факт, что переходный период с присущим ему «хрупким равновесием» может еще продлиться некоторое время, в любом случае, до вступления в законную силу присоединения ЕС к ЕКПЧ. Я думаю, что лучшее, что мы можем здесь сделать, это укреплять неформально происходящее сотрудничество и взаимодействие везде, где оно представляется полезным, чтобы тем самым подготовить более интенсивный диалог между европейскими судами, призыв к которому прозвучал в заявлении относительно присоединения ЕС к ЕКПЧ в приложении к Лиссабонскому договору. Судейский диалог будет и впредь развиваться на основе отдельных дел. Направляющим принципом в будущем должен оставаться, однако, тот же принцип – взаимное уважение к работе всех судов с целью укрепления защиты прав человека, будь то на национальном или европейском уровне.



Séance de clôture du XVI^e Congrès/ Closing session of the XVIth Congress /
Schlusssitzung des XVI. Kongresses / Заседание закрытия XVI Конгресса

Synthèse des résultats des séances précédentes

Summary of the results of the previous sessions

Zusammenfassung der Ergebnisse der vorangegangenen Sitzungen

Подведение итогов предшествующих заседаний

**TABLE RONDE / PANEL DISCUSSION /
PODIUMSDISKUSSION / ПОДИУМНАЯ ДИСКУССИЯ**

Français / French / Französisch / французский

Anglais / English / Englisch / английский

Allemand / German / Deutsch / немецкий

Russe / Russian / Russisch / русский

Marianna MOCHNÁČOVÁ
Juge à la Cour constitutionnelle de la République slovaque

Mesdames et Messieurs,

Je vous remercie de cette occasion unique qui m'est donnée de me pencher devant ce public sur un sujet que je considère, malgré son étendue et sa complexité, comme tout à fait d'actualité vu la dynamique et l'intensité des phénomènes de mondialisation et d'intégration de nature internationale mais aussi européenne. Permettez-moi dans un premier temps de présenter quelques réflexions et observations sous la perspective d'une juge de la Cour constitutionnelle de la République slovaque.

Le renforcement de la coopération mutuelle entre Cours constitutionnelles est dorénavant un fait incontestable dont on ne peut que se féliciter. La disparition des obstacles linguistiques, la communication et les échanges d'informations sur les décisions cruciales que permettent les technologies de l'information, les mécanismes institutionnalisés et les contacts bilatéraux entre les Cours constitutionnelles, tout cela contribue à sensibiliser aux méthodes aidant à résoudre des questions constitutionnelles, à faire évoluer la jurisprudence des juridictions constitutionnelles nationales et à établir des normes européennes communes venant étayer l'autorité des décisions rendues par ces dernières. On ne saurait remettre en doute le caractère enrichissant de cette influence mutuelle ou en contester sérieusement la légitimité.

Par contre, les échanges entre les juridictions constitutionnelles nationales et les Cours européennes [Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) et Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)] s'avèrent légèrement plus compliqués et délicats. Cela s'explique par la position très spécifique et exclusive dont jouissent les Cours constitutionnelles nationales en tant que protectrices de la constitutionnalité et de l'ordre constitutionnel dans leur pays respectif ainsi que par le statut des organes judiciaires européens qui confère à ces derniers le pouvoir exclusif d'interpréter respectivement la Convention sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) pour la CourEDH et la législation de l'Union européenne pour la CJUE. Cela vaut notamment pour les échanges entre juridictions constitutionnelles des États membres de l'UE et la CJUE dans le contexte du dynamisme avec lequel le système juridique européen se développe. Vient s'ajouter à cela le devoir pour les Cours constitutionnelles des États membres de rechercher un équilibre avec le droit européen dans l'exercice de leurs responsabilités et de leurs obligations.

Dans sa décision Réf. N° PL. TC 3/09 du 26 janvier 2011, la Cour constitutionnelle de la République slovaque a exprimé son avis sur sa compétence à examiner la conformité de la

législation nationale avec les traités internationaux par lesquels la République slovaque a transféré une partie de ses compétences à l'Union européenne. Elle y fait référence à l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Simmenthal* (arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, ECR 629, paragraphe 17), dont il découle que conformément au principe de la primauté du droit communautaire, une conséquence de l'autorité des dispositions directement applicables du Traité et des actes adoptés par les institutions par rapport au droit national de chaque État membre ne réside pas seulement dans l'inapplicabilité de chacun des éléments de ce droit national qui n'est pas conforme à ces dispositions et ces actes mais aussi, ces derniers faisant partie intégrale des règles de droit qui sont en vigueur sur le territoire de chaque État membre et bénéficient de la primauté, dans l'impossibilité d'adopter une législation nationale qui ne serait pas compatible avec le droit communautaire.

De l'avis de la Cour constitutionnelle de la République slovaque, une telle lecture du principe de primauté du droit européen s'impose pour les questions de conformité émanant d'une requête déposée par un groupe de députés ou d'autres entités désignées dans l'art. 130 par. 1 de la Constitution de la République slovaque, mais pas d'une juridiction ordinaire. De même, elle estime qu'aucun juge ordinaire n'est autorisé à engager une procédure relative à la conformité de la législation nationale avec un traité international quelconque par lequel la République slovaque a transféré l'exercice d'une partie de ses compétences à l'Union européenne, ce juge appliquant les dispositions du droit européen dans la mesure de sa compétence et ayant « l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » (arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, ECR 629, paragraphe 24). Cet arrêt signifie que toute procédure relative à la conformité d'une loi au titre de l'article 125 par. 1 de la Constitution engagée devant la Cour constitutionnelle entraîne également une procédure constitutionnelle. De sorte à garantir le plein effet du droit de l'Union européenne, les juridictions ordinaires peuvent recourir à la procédure prévue au § 109. 1 (c) du Code de procédure civile ; en l'occurrence, un juge ordinaire décide en cas de nécessité de saisir la Cour de justice de l'Union européenne afin que cette dernière statue sur une question préjudicielle conformément au traité international et il sursoit par conséquent au jugement.

Pour l'instant, le droit slovaque stipule que la Cour constitutionnelle est autorisée à vérifier la conformité du droit national avec n'importe quel traité international dans le cadre d'une procédure d'examen de constitutionnalité sous les conditions stipulées dans l'art. 125 (1) en combinaison avec l'art. 7 (2) de la Constitution, c'est à dire avec n'importe quel traité constitutif du droit primaire européen. Avec la vérification d'un éventuel manque de conformité d'une loi nationale avec le droit européen s'ouvre la question de l'opportunité d'un tel examen si la Cour constitutionnelle, au cours de la même procédure de contrôle de

constitutionnalité, parvient à la conclusion selon laquelle cette loi ou une de ses parties ou dispositions n'est de toute façon pas conforme à la Constitution ou au droit constitutionnel. C'est alors que s'appliquent les dispositions de l'art. 125 (3) de la Constitution, lesquelles stipulent que la norme légale ou une de ses parties ou dispositions perd ainsi sa force de loi et cesse même de produire ses effets (une fois écoulée une période de 6 mois après promulgation de l'arrêt). La Cour constitutionnelle estime qu'il n'est en principe plus nécessaire de contrôler la conformité d'une loi nationale avec le droit européen dès qu'elle a statué et décidé son inconstitutionnalité, en partie ou en totalité, puisqu'un constat d'absence potentielle de conformité avec le droit européen entraînerait les mêmes résultats et effets juridiques que sa décision reconnaissant l'inconstitutionnalité. Elle justifie cette approche «auto-régulatrice» de l'exercice de ses compétences par le fait qu'une fois annoncé le manque de conformité avec la Constitution ou les lois constitutionnelles, la procédure relative à l'examen de la conformité avec le droit européen, à savoir le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) perd sa raison d'être.

La situation serait toute autre si un requérant habilité ne contestait que la conformité d'un acte juridique national, en partie ou en totalité, avec un traité international au titre de l'art. 7 par. 2 de la Constitution, le TFUE par exemple. Non seulement la Cour constitutionnelle serait ici compétente mais elle serait même tenue de contrôler la conformité et de statuer selon la jurisprudence en vigueur de la CJUE ou en vertu des principes exprimés dans les arrêts de cette Cour ou après avoir saisi cette dernière d'une question préjudicielle au titre de l'art. 267 du TFUE. Dans sa décision Réf. N° IV. ÚS 206/08, la Cour constitutionnelle de la République slovaque admet la possibilité de demander à la Cour de justice de l'Union européenne de statuer de manière préjudicielle conformément à l'art. 234 du Traité instituant la Communauté européenne (désormais art. 267 du TFUE), lorsqu'elle précise que « dans l'exercice de ses compétences, la Cour peut être dans une situation où elle sera tenue de soumettre une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes ».

La Cour constitutionnelle pourrait être amenée à agir de la même façon si elle devait constater que la norme juridique contestée, en partie ou en totalité, était bien conforme à la Constitution ou aux lois constitutionnelles mais risquait de ne pas l'être avec un traité international au titre de l'art. 7 par. 2 de la Constitution. Elle devrait alors statuer sur la question à moins de parvenir à en rétablir la conformité selon les principes de l'interprétation conforme au droit européen. Suite à une décision potentiellement exécutoire concluant que la législation contestée, une de ses parties ou dispositions n'est pas conforme à un traité international au titre de l'art. 7 par. 2 de la Constitution, pourrait toutefois se poser en même temps la question de la nécessité d'amender la Constitution (ce qui ne relève pas des compétences de la Cour constitutionnelle).

Merci de votre attention.

Marianna MOCHNÁČOVÁ
Judge at the Constitutional Court of the Slovak Republic

Ladies and gentlemen,

Thank you for the rare opportunity to address this forum with a topic which, despite its width and complexity, I consider as extremely current regarding the dynamics and intensity of on-going globalization and integration processes, not only worldwide but also at European level. Let me therefore express a few thoughts and observations from the perspective of a judge of the Constitutional Court of the Slovak Republic.

The intensive deepening of mutual cooperation of the constitutional courts is nowadays an incontrovertible fact that can only be welcomed. Breaking down language barriers, communication and information exchange on key decisions through information technologies, institutionalized mechanisms and mutual bilateral contacts between the constitutional courts contributes to the awareness of methods for resolving constitutional issues, to the development of the case-law of national constitutional courts, as well as to the establishment of common European standards in support of the authority of their own decisions. In this regard, the mutual influence of the constitutional courts is undoubtedly enriching and there should be no serious questions or doubts about its legitimacy.

Mutual relations among national constitutional courts and the European courts [the European Court of Human Rights (the ECtHR) and the Court of Justice of the European Union, (the CJEU)] may be slightly more complicated and delicate. This results from the very specific and exclusive position of individual constitutional courts as the protectors of constitutionality and constitutional order in their countries and from the status of the European judicial bodies as the exclusive authorities concerned with the interpretation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the ECHR) with regard to the ECtHR, and regarding the interpretation of the laws of the European Union, in the case of the CJEU. This applies particularly in respect to the constitutional courts of the Member States of the EU and the CJEU considering the dynamic expansion of the legal system of the EU. In connection with these facts, the constitutional courts of the Member States of the EU are forced in terms of their responsibilities and duties to search for a balanced position in relation to EU law.

The Constitutional Court of the Slovak Republic expressed its opinion on the scope of its jurisdiction to review the compliance of national legislation with international treaties, by which the Slovak Republic transferred the performance of part of its rights to the European Union, in the finding Ref. No. PL. TC 3/09 of 26th January 2011. The Constitutional Court of the Slovak Republic referred in this decision to the judgment of the Court of Justice of the

European Communities in the Simmenthal case (judgment of 9th March 1978, Simmenthal, 106/77, ECR 629, paragraph 17), from which it follows that according to the principle of the primacy of Community law, a consequence of the force of directly applicable provisions of the Treaty and of the acts of institutions in relation to the national law of each Member State is not only the loss of applicability of each of the existing provisions of domestic law that is inconsistent with those provisions and acts, but also – due to the fact that the latter are an integral part of the rule of law applicable in the territory of each Member State, which must prevail – the exclusion of adoption of national legislation which is incompatible with Community law.

Such an understanding of the principle of the primacy of EU law is, according to the opinion of the Constitutional Court of the Slovak Republic, applicable in proceedings on the compliance of legislation which are based on a motion from a group of MPs or other qualified entities referred to in Art. 130 sec. 1 of the Constitution of the Slovak Republic, but not from an ordinary court. According to the opinion of the Constitutional Court, no ordinary court is allowed to commence proceedings on the conformity of national legislation with any international treaty through which the Slovak Republic has transferred the performance of part of its rights to the European Union, because the ordinary courts apply the provisions of EU law within the extent of their jurisdiction, and they are “...obliged to ensure the full effect of these standards and not to apply every national provision ex officio, even in the case of a later provision which is not in compliance with Community law, without having first requested or waited for its abolition through legislative or other constitutional procedure” (judgment of 9th March 1978, Simmenthal, 106/77, ECR 629, paragraph 24). In the meaning of the cited judgment, proceedings before the Constitutional Court on the conformity of legislation under Art. 125 sec. 1 of the Constitution also entail constitutional procedure. The ordinary courts may, in connection with ensuring the full effect of European Union law, use the procedure under § 109 sec. 1 (c) of the Code of Civil Procedure, i.e. an ordinary court decides if necessary to request that the Court of Justice of the European Communities decide on a preliminary question according to international treaty, and consequently suspends proceedings before it.

In the current legal state the Constitutional Court is allowed in proceedings on conformity of legislation to review the compliance of national law with any international treaty under the conditions defined in Art. 125 (1) in conjunction with Art. 7 (2) of the Constitution, i.e. that is also with any treaty constituting primary EU law. Examination of the non-compliance of national legislation with EU law opens up the question of the expediency of reviewing such non-compliance, if in the same proceedings on conformity of legislation the Constitutional Court comes to the conclusion that the contested law, its part or particular provision is not in conformity with the Constitution or constitutional law. This brings into effect the provisions of Art. 125 (3) of the Constitution, i.e. the loss of force of the legal act, its parts or individual provisions and also the loss of their validity (after the expiry of six months from

the announcement of the decision). The Constitutional Court is of the opinion that, if it finds and decides that the contested law, its part or some of its provisions are not in compliance with the Constitution or constitutional law, in principle it is no longer necessary to review their incompliance with the law of the European Union, because this potential incompliance would lead to the same result and same legal effect which was achieved by the decision according to which the contested legislation was not in conformity with the Constitution or constitutional law. The Constitutional Court justifies this "self-regulatory" approach to the exercise of its powers by the fact that after the announcement of incompliance with the Constitution or constitutional laws, the subject of proceedings on compliance of legislation ceases to exist in relation to the contested incompliance with the law of the European Union, e.g. the Treaty on the Functioning of the EU (the TFEU).

A totally different situation would arise if an entitled plaintiff claimed only the incompliance of a national legal act, its part or individual provision with an international treaty under Art. 7 sec. 2 of the Constitution, i.e. for example with the TFEU. In this case, the Constitutional Court would be not only entitled but also obliged to review the alleged incompliance and to decide on it, either according to the existing case-law of the CJEU, or according to the principles expressed in this Court's judgments, or after submitting a preliminary question to the CJEU pursuant to Art. 267 of the TFEU. In its decision Ref. No. IV. ÚS 206/08 the Constitutional Court of the Slovak Republic admitted the possibility of asking the Court of Justice of the European Communities to give a preliminary ruling in accordance with Art. 234 of the Treaty Establishing the European Community (now Art. 267 of the TFEU), when it stated that "by the exercise of its powers the Court may get into a situation where it will be subject to the obligation to submit a preliminary question to the Court of Justice of the European Communities".

The Constitutional Court would have to proceed likewise also if it came to the conclusion that the contested legal act, its part or individual provision was in accordance with the Constitution and constitutional laws, but there was a possibility of its non-compliance with an international treaty under Art. 7 sec. 2 of the Constitution. The Constitutional Court would then have to decide on that non-compliance, unless the Court was able to eliminate it, using the principles of euroconform interpretation. In this case, moreover, after a potential authoritative finding that the contested legislation, its part or individual provision was not in line with an international treaty under Art 7 sec. 2 of the Constitution, it would be possible at the same time to raise the issue of whether it was necessary to change the Constitution (which does not fall within the powers of the Constitutional Court).

Thank you for your attention.

Marianna MOCHNÁČOVÁ
Richterin am Verfassungsgerichtshof der Slowakischen Republik

Meine sehr geehrten Damen und Herren!

Ich bedanke mich für diese ganz besondere Gelegenheit, in diesem Forum ein Thema ansprechen zu dürfen, das ich trotz seiner Breite und Komplexität in Ansehung der Dynamik und Intensität der laufenden Globalisierungs- und Integrationsprozesse sowohl auf globaler als auch auf europäischer Ebene für höchst aktuell erachte. Lassen Sie mich deshalb zunächst einige Gedanken und Beobachtungen aus der Perspektive einer Richterin am Verfassungsgerichtshof der slowakischen Republik anstellen.

Die zunehmende Vertiefung der Zusammenarbeit von Verfassungsgerichten untereinander ist heute ein unumstößliches Faktum, welches nur begrüßt werden kann. Die Kommunikation und der Austausch von Grundsatzentscheidungen zwischen Verfassungsgerichten mittels Informationstechnologien, institutionalisierten Mechanismen und gegenseitigen bilateralen Kontakten quer über Sprachgrenzen hinweg fördert das Bewusstsein über Methoden zur Lösung von Verfassungsfragen und trägt zur Weiterentwicklung der Rechtsprechung der nationalen Verfassungsgerichte ebenso wie zur Schaffung gemeinsamer europäischer Standards bei, die als Rückhalt für die Autorität der jeweils eigenen Entscheidungen dienen können. Diesbezüglich ist die wechselseitige Beeinflussung von Verfassungsgerichten zweifelsohne bereichernd und ihre Legitimität sollte nicht hinterfragt bzw. bezweifelt werden.

Die Beziehungen zwischen den nationalen Verfassungsgerichten und den europäischen Gerichten [dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH)] mögen etwas komplexer und potenziell problematischer sein. Dies ergibt sich aus der besonderen und einzigartigen Stellung der nationalen Verfassungsgerichte als Hüter der Verfassungsmäßigkeit und der Verfassungsordnung in den jeweiligen Ländern und aus der Stellung der europäischen Gerichtsinstanzen, in deren ausschließliche Zuständigkeit die Auslegung der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) im Falle des EGMR bzw. die Gesetze der Europäischen Union im Falle des EuGH fällt. Dies gilt angesichts der dynamischen Erweiterung der Rechtsordnung der Europäischen Union ganz besonders für die Verfassungsgerichte der Mitgliedsstaaten der EU und für den EuGH. Die Verfassungsgerichte der EU-Mitgliedsstaaten sind somit gezwungen, hinsichtlich ihrer Aufgaben und Verantwortlichkeiten eine ausgewogene Position im Verhältnis zum EU-Recht zu finden.

In seinem Erkenntnis Zl. PL. TC 3/09 vom 26. Januar 2011 äußerte sich das slowakische Verfassungsgericht zum Umfang seiner Zuständigkeit für die Kontrolle der Konformität

nationaler Gesetze mit internationalen Verträgen, in denen die Slowakische Republik die Ausübung ihrer Rechte teilweise an die Europäische Union übertragen hat. Das Verfassungsgericht der slowakischen Republik bezog sich in dieser Entscheidung auf ein Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften in der Rechtssache Simmenthal (Urteil vom 9. März 1978, Simmenthal, Rs. 106/77, 629, Rn. 17), demzufolge nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts die Vertragsbestimmungen und die unmittelbar geltenden Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane in ihrem Verhältnis zum internen Recht der Mitgliedstaaten nicht zur Folge haben, dass durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmungen des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar wird, sondern auch – da diese Bestimmungen und Rechtsakte vorrangiger Bestandteil der im Gebiet eines jeden Mitgliedstaats bestehenden Rechtsordnung sind – dass ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären.

Ein derartiges Verständnis der Grundsatzes der Vorrangigkeit von EU-Recht ist nach Meinung des Verfassungsgerichts der slowakischen Republik in Verfahren anwendbar, bei denen es aufgrund eines von einer Gruppe von Abgeordneten oder ähnlich qualifizierter Personen, die in Art. 130 Absatz 1 der Verfassung der Slowakischen Republik genannt werden, eingebrachten Antrags zur Prüfung der Gesetzeskonformität kommt, nicht jedoch auf Initiative eines ordentlichen Gerichts. Nach Meinung des Verfassungsgerichts darf kein staatliches Gericht ein Verfahren zur Prüfung der Konformität von nationalen Gesetzen mit internationalen Verträgen, mittels derer die Slowakische Republik die Ausübung ihrer Rechte teilweise an die Europäische Union übertragen hat, in die Wege leiten, da jedes staatliche Gericht im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrecht anwendet und „..... gehalten ist, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmungen des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmungen auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste.“ (Urteil vom 9. März 1978, Simmenthal, Rs. 106/77, 629, Rn. 24). Im Sinne des zitierten Urteils müssen Verfahren vor dem Verfassungsgericht betreffend die Konformität von Gesetzen nach Art. 125 Absatz 1 der Verfassung auch ein verfassungsrechtliches Prozedere nach sich ziehen. Die staatlichen Gerichte können sich zur Sicherstellung der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts des Verfahrens nach § 109 Abs. 1(c) ZPO bedienen, d.h. ein staatliches Gericht entscheidet bei Bedarf, einen Vorlageantrag an den Gerichtshof der Europäischen Union zu stellen mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung auf der Grundlage des internationalen Vertrags und unterbricht in der Folge das anhängige Verfahren.

Nach der herrschenden Rechtsordnung kann das Verfassungsgericht in Normenkontrollverfahren die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit internationalen Verträgen nach den in Art. 125(2) in Verbindung mit Art. 7(2) der Verfassung festgelegten

Bedingungen prüfen, d.h. auch Verträge, die EU-Primärrecht darstellen. Die Prüfung der Konformität nationaler Gesetze mit EU-Recht wirft die Frage nach der Zweckmäßigkeit einer derartigen Konformitätsprüfung auf, wenn im selben Konformitätsprüfungsverfahren der Verfassungsgerichtshof zu dem Schluss gelangt, das angefochtene Gesetz, Teile oder eine einzelne Bestimmung desselben stünden in Widerspruch mit der Verfassung oder mit dem Verfassungsrecht. In diesem Fall greift die Bestimmung des Art. 125 (3) der Verfassung, dass nämlich der Rechtsakt, Teile oder einzelne Bestimmungen desselben unwirksam und ungültig werden (nach Ablauf einer Frist von sechs Monaten nach Verkündung der Entscheidung). Der Verfassungsgerichtshof vertritt die Anschauung, dass – sollte es feststellen und erkennen, dass das angefochtene Gesetz, Teile oder einzelne Bestimmungen desselben im Widerspruch zur Verfassung oder dem Verfassungsrecht stehen – grundsätzlich die Notwendigkeit entfällt, diese auf ihre Konformität mit EU-Recht hin zu prüfen, da diese potentielle Nicht-Konformität im Ergebnis dieselben Rechtswirkungen entfalten würde wie die Entscheidung, das angefochtene Gesetz sei nicht verfassungskonform. Der Verfassungsgerichtshof rechtfertigt diesen „selbst-regulatorischen“ Ansatz in Hinblick auf die Ausübung seiner Kompetenzen mit der Tatsache, dass nach der Feststellung der Verfassungswidrigkeit ein Verfahren zur Prüfung der Konformität von Gesetzen gegenstandslos wird hinsichtlich eines behaupteten Verstoßes gegen EU-Recht, beispielsweise den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

Eine völlig andere Situation würde sich darstellen, würde ein berechtigter Beschwerdeführer lediglich die Unvereinbarkeit eines nationalen Rechtsaktes, eines Teils oder einzelner Bestimmungen desselben mit einem internationalen Vertrag nach Art. 7 Absatz 2 der Verfassung, z.B. mit dem AEUV, behaupten. In diesem Fall wäre der Verfassungsgerichtshof nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die behauptete Unvereinbarkeit zu prüfen und darüber zu entscheiden, entweder auf der Grundlage ständiger Rechtsprechung des EuGH, oder anhand der im Urteil des Gerichtes dargelegten Grundsätze, oder nach Vorlage an den EuGH zur Klärung einer Vorfrage nach Artikel 267 AEUV. In seiner Entscheidung Zl. IV. ÚS 206/08 räumte das Verfassungsgericht der Slowakischen Republik die Möglichkeit ein, den europäischen Gerichtshof um eine Vorabentscheidung zu nach Art. 234 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (nunmehr Art. 267 AEUV) zu ersuchen, indem er feststellte, dass „der Gerichtshof durch die Ausübung seiner Rechte in eine Situation geraten könnte, in der er verpflichtet wäre, eine Vorfrage dem europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorzulegen“.

Der Verfassungsgerichtshof müsste gleichermaßen vorgehen, käme er zu dem Schluss, dass der angefochtene Rechtsakt, Teile oder einzelne Bestimmungen desselben verfassungskonform wären, jedoch möglicherweise gegen einen internationalen Vertrag nach Art.7 Abs. 2 der Verfassung verstoßen. Der Verfassungsgerichtshof müsste dann über die Nicht-Konformität entscheiden, außer er könnte diese unter Anwendung der Grundsätze einer EU-konformen Auslegung beseitigen. In diesem Fall könnte man überdies gleichzeitig

nach einem potentiell maßgeblichen Erkenntnis, dass das angefochtene Gesetz, Teile oder einzelne Bestimmungen desselben in Widerspruch zu einem internationalen Vertrag nach Art. 7 Abs. 2 der Verfassung stünden, die Frage der Notwendigkeit einer Verfassungsänderung aufwerfen (welche außerhalb der Kompetenzen des Verfassungsgerichtshofs liegt).

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.

Марианна МОХНАЧОВА
Судья Конституционного суда Словацкой Республики

Уважаемые дамы и господа!

Я сердечно благодарю за совершенно особую возможность затронуть на этом форуме тему, которую я считаю, несмотря на ее широту и сложность, ввиду динамичности и интенсивности происходящих на глобальном и европейском уровнях процессов глобализации и интеграции, чрезвычайно актуальной. Позвольте мне выразить некоторые мысли и наблюдения с перспективы судьи Конституционного суда Словацкой Республики.

Растущее углубление сотрудничества между конституционными судами является неоспоримым фактом, который можно только приветствовать. Коммуникация и обмен информацией по ключевым решениям между конституционными судами, осуществляемые путем информационных технологий, институционализированных механизмов и взаимных двусторонних контактов, невзирая на языковые барьеры, способствует повышению осведомленности о методах разрешения конституционных вопросов, эволюции судебной практики национальных конституционных судов, а также созданию общих европейских стандартов в поддержку авторитета собственных решений. В этом отношении взаимное влияние конституционных судов, является, вне сомнения, весьма ценным, и не следует подвергать критике или сомнению его легитимность.

Взаимоотношения между национальными конституционными судами и европейскими судами [Европейским судом по правам человека (ЕСПЧ) и Судом Европейского Союза (Суд ЕС)] могут быть несколько более сложными и щекотливыми. Причиной тому является особый, уникальный статус национальных конституционных судов в качестве стражей конституционности и конституционного порядка в соответствующих странах, а также положение европейских судебных инстанций, исключительной юрисдикции которых подчиняется толкование Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) в случае ЕСПЧ и законодательство Европейского Союза в случае Суда ЕС. Ввиду динамичного расширения правового порядка Европейского Союза это особо относится к конституционным судам стран – членов ЕС и к Суду ЕС. Таким образом, конституционные суды государств – членов ЕС вынуждены, с точки зрения своих задач и сфер ответственности, найти сбалансированную позицию по отношению к праву ЕС.

В своем решении ZI. PL. TC 3/09 от 26 января 2011 года Конституционный суд Словакии высказал свою позицию об объеме своей компетенции в области контроля за

соответствием национальных законов международным договорам, посредством которых Словацкая Республика передала часть своих полномочий в ведение органов Европейского Союза. Конституционный суд Словацкой Республики сослался в этом постановлении на решение Суда Европейских сообществ по делу «Симменталь» (решение по делу «Симменталь» № 106/77 от 9 марта 1978 года, сборник решений Европейского суда ECR 629, номер абзаца 17), согласно которому, в соответствии с принципом верховенства права ЕС, взаимосвязь между положениями Договора и прямо применимыми нормами институтов Союза, с одной стороны, и положениями национального права государств – членов Союза – с другой, такова, что эти положения и акты своим вступлением в силу не только автоматически делают неприменимым любое противоречащее положение действующего национального права, но также – поскольку они являются неотъемлемой частью правопорядка государств-членов и обладают верховенством на территории каждого из государств – членов Союза – делают невозможным принятие новых национальных законодательных актов в той мере, в какой они несовместимы с положениями права Европейского Союза.

Подобное понимание принципа верховенства права Европейского Союза, по мнению Конституционного суда Словацкой Республики, применимо в процессах, в которых проверка законности осуществляется на основании ходатайства одного или нескольких депутатов или других уполномоченных лиц, перечисленных в ч. 1 ст. 130 Конституции Словацкой Республики, но не по инициативе суда общей юрисдикции. Конституционный суд придерживается точки зрения, что ни один национальный суд не может инициировать производство по проверке соответствия национальных законов международным договорам, в которых Словацкая Республика передала некоторые свои права Европейскому Союзу, так как любой национальный суд, действуя в рамках своей компетенции, применяет нормы права ЕС и «...обязан обеспечить полное действие этих правовых норм, в случае необходимости отказывая в применении любого положения – как предшествующего, так и последующего – национального законодательства, противоречащего праву ЕС, *ex officio*, без необходимости запрашивать или ждать предварительной отмены противоречивого положения законодательными или иными конституционными средствами» (решение по делу «Симменталь» № 106/77 от 9 марта 1978 г., сборник решений Европейского суда ECR 629, номер абзаца 24). В понимании этого решения проверка Конституционным судом соответствия законов праву ЕС должна повлечь за собой, согласно ч. 1 ст. 125 Конституции, также конституционно-правовую процедуру. В целях обеспечения действия права ЕС в полном объеме национальные суды могут воспользоваться процедурой, предусмотренной в ч. 1(с) ст. 109 ГПК, т. е. суд общей юрисдикции при необходимости принимает решение о представлении вопроса на рассмотрение Суда ЕС с просьбой о вынесении постановления в преюдициальном порядке, на основании международного договора, и вследствие этого прерывает производство по данному делу.

В современном правовом государстве Конституционный суд в рамках нормоконтроля уполномочен проверить совместимость норм национального законодательства с международными договорами на условиях, предусмотренных в ст. 125(2) в совокупности со ст. 7(2) Конституции, что включает в себя и договоры, составляющие первичное право Европейского Союза. Проверка соответствия национальных законов праву ЕС поднимает вопрос о целесообразности подобной проверки, если Конституционный суд в процедуре проверки придет к выводу, что оспариваемый закон, его части или отдельное положение находятся в противоречии с Конституцией или с конституционным правом. В этом случае действует положение ст. 125 (3) Конституции, согласно которому правовой акт, его части или отдельное положение становятся недействительными и утрачивают силу (по истечении шести месяцев с момента оглашения решения). Конституционный суд придерживается мнения, что, если он установит и признает несоответствие обжалуемого закона, его частей или отдельного положения Конституции или конституционному праву, то, по общему правилу, отпадает необходимость их проверки на соответствие праву ЕС, так как потенциальное несоответствие в конечном итоге имеет те же самые юридические последствия, что и решение о том, что оспариваемый закон является неконституционным. Конституционный суд оправдывает этот «саморегулирующий» подход к осуществлению своих полномочий тем обстоятельством, что после установления несоответствия Конституции предмет производства по проверке утверждаемого несоответствия праву ЕС, например, Договору о функционировании Европейского Союза (ДФЕС), прекращает свое существование.

Совершенно иная ситуация возникла бы, если бы уполномоченный заявитель утверждал лишь несовместимость национального правового акта, его части или отдельного положения с международным договором согласно ч. 2 ст. 7 Конституции – например, с Договором о функционировании Европейского Союза (ДФЕС). В этом случае Конституционный суд бы не только имел право, но и даже был бы обязан проверить утверждаемое несоответствие и вынести свое решение, либо на основании сложившейся судебной практики Суда ЕС, либо на основании принципов, изложенных в решениях этого Суда, или же после направления преюдициального запроса в адрес Суда ЕС согласно ст. 267 ДФЕС. В своем решении Zl. IV. ÚS 206/08 Конституционный суд Словацкой Республики также признал возможность запросить Суд Европейского Союза вынести решение в преюдициальном порядке согласно ст. 234 Договора об учреждении Европейского Сообщества (ныне ст. 267 ДФЕС), установив, что «Суд мог бы посредством реализации своих прав оказаться в ситуации, в которой он был бы обязан представить преюдициальный вопрос на рассмотрение Судом ЕС».

Конституционный суд должен был бы действовать таким же образом, если он бы пришел к выводу, что оспариваемый правовой акт, его части или отдельные

положения соответствуют Конституции, однако, возможно, противоречат какому-либо международному договору согласно ч. 2 ст. 7 Конституции. Тогда Конституционный суд должен был бы вынести решение о неконституционности, за исключением тех случаев, когда он может устранить это несоответствие Конституции путем применения принципов толкования в соответствии с правом ЕС. В дополнение, в этом случае возможно было бы, непосредственно после вынесения потенциально авторитетного решения о том, что оспариваемый закон, его части или отдельные положения находятся в противоречии с международным договором согласно ч. 2 ст. 7 Конституции, поставить вопрос о необходимости внесения поправок в Конституцию, который, однако, выходит за пределы полномочий Конституционного суда.

Благодарю Вас за внимание.

Miroslav MOZETIČ
Président de la Cour constitutionnelle de la République de Slovénie

**Les arrêts pilotes de la Cour européenne des droits de l'homme et
la Cour constitutionnelle de la République de Slovénie**

D'entrée de jeu, il convient de souligner que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « la Convention ») joue un rôle extrêmement important, voire décisif, dans les travaux de la Cour constitutionnelle de la République de Slovénie. Du point de vue du droit interne, il est incontestable que la Convention est directement applicable. Ceci implique que toutes les autorités de l'État, plus particulièrement les juridictions, sont tenues de la prendre en considération quand elles rendent des décisions relatives aux droits et obligations des citoyens.

Lorsque la Cour constitutionnelle statue sur la question de savoir si une loi est conforme à la Constitution (contrôle abstrait de constitutionnalité), ou bien si les droits de l'homme ou les libertés fondamentales des citoyens ont été violés dans des procédures devant les autorités (plainte constitutionnelle), la Cour slovène tient régulièrement compte de la Convention et de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme (ci-après la CEDH).

En ce qui concerne le niveau de protection des droits de l'homme garanti par la Constitution ou les traités, la Constitution de la République de Slovénie a établi le principe du plus haut degré de protection des droits. Conformément à ce principe, la Convention a la préséance sur la Constitution dans la mesure où elle assure un niveau de protection supérieur d'un droit de la personne. Il s'en suit que dans le domaine de la protection des droits de l'homme, la Constitution et la Convention forment un tout. Même si, du point de vue formel, la Convention est un traité, ce qui la subordonne à la Constitution dans la hiérarchie des lois, elle est en fait un élément intégrant du droit constitutionnel matériel. Il en va de même pour les prises de position de la CEDH qui entraînent une interprétation des droits garantis par la Convention. À cet égard, il faut souligner que la Cour constitutionnelle de la République de Slovénie ne différencie pas entre les arrêts rendus à l'encontre de la Slovénie et les arrêts rendus contre d'autres États parties. La Cour constitutionnelle a adopté le point de vue que tous les arrêts de la CEDH sont également contraignants (qu'ils ont la nature de précédents).

Néanmoins, en ce qui concerne l'effet contraignant des arrêts de la CEDH, il s'est posé récemment la question de savoir si et comment les arrêts dits pilotes affectent les relations entre la CEDH et la Cour constitutionnelle. Les arrêts pilotes semblent interférer de manière significative avec le champ [de compétence] du législateur aussi bien qu'avec la position de la Cour constitutionnelle.

Permettez-moi d'illustrer la question en donnant un exemple concret.

Dans l'affaire Kurić et autres c. Slovénie (arrêt du 26 juin 2012), la Grande Chambre de la CEDH a statué que la République de Slovénie a violé les droits des « personnes effacées »,¹ notamment l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), l'article 13 (droit à un recours effectif) et l'article 14 de la Convention (interdiction de discrimination). La Cour a constaté que les mesures adoptées à partir de 1999 – à commencer par le premier arrêt rendu par la Cour constitutionnelle – n'ont pas remédié complètement ni avec la promptitude requise aux graves conséquences de l'effacement causées par les autorités de l'État. La CEDH a également constaté qu'en raison de l'expiration des délais de prescription pour l'initiation des procédures, les personnes « effacées » n'ont pas pu obtenir une indemnisation effective devant les tribunaux nationaux. Comme il s'agissait d'un problème plus général, de nature systémique, la CEDH a rendu un arrêt pilote et a demandé à l'État de mettre en place, sous un an, un système *ad hoc* pour indemniser les effacés.

La question qui en découle est celle de la réception de cet arrêt pilote de la CEDH par la Cour constitutionnelle dans l'exercice de ses compétences. En effet, dans la « partie pilote » de l'arrêt, la CEDH a procédé de fait à un examen de la conformité de la législation nationale avec la Convention. Comme elle a trouvé que, sous l'angle de la Convention, la législation nationale était inadéquate, elle a demandé à l'État de la modifier. Ce faisant, elle a assumé *de facto* le rôle de la Cour constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle a déjà été confrontée à l'arrêt pilote concernant les « personnes effacées » quand elle a exercé ses compétences. Dans l'affaire No. U-I-85/11 (décision judiciaire en date du 24 janvier 2014) les requérants ont contesté la loi régissant le statut juridique des citoyens de l'ancienne Yougoslavie résidant en République de Slovénie. Ils ont avancé que la loi empêchait de redresser les conséquences des violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales causées par leur effacement du registre des résidents permanents. Dans l'intention d'appliquer l'arrêt pilote de la CEDH, l'Assemblée nationale a adopté la loi sur l'indemnisation des personnes qui ont été effacées du registre des résidents permanents en novembre 2013. En conséquence, la Cour constitutionnelle a rejeté la requête en révision de la loi régissant le statut juridique des citoyens de l'ancienne Yougoslavie résidant en République de Slovénie en invoquant l'absence d'un intérêt juridique puisque le législateur avait déjà donné suite à l'arrêt pilote de la CEDH et redressé l'inconstitutionnalité alléguée. Dans le cas d'espèce, la Cour constitutionnelle a établi les faits que la Cour européenne a rendu un arrêt pilote et que le législateur a agi en conséquence. Pour cette raison, la Cour constitutionnelle n'avait plus à statuer sur la constitutionnalité de la loi antérieure inadéquate.

¹ Y compris les citoyens d'autres anciennes Républiques de la République socialiste fédérative de Yougoslavie (la « RSFY ») qui avaient leur résidence permanente en Slovénie [à l'époque où la Slovénie est devenue indépendante] et qui n'ont pas obtenu la citoyenneté slovène.

Peu après, la Cour constitutionnelle a été saisie d'une nouvelle requête en inconstitutionnalité, cette fois-ci au sujet de la loi sur l'indemnisation des personnes qui avaient été effacées du registre des résidents permanents. Les requérants ont contesté la constitutionnalité des modalités d'indemnisation que le pouvoir législatif avait adoptées justement pour mettre en œuvre l'arrêt pilote. En dehors du grief d'inconstitutionnalité, les requérants allèguent également une incohérence avec l'arrêt pilote rendu dans l'affaire Kurić et autres c. Slovaquie. Ils estiment que le législateur n'a pas mis en œuvre l'arrêt pilote d'une manière appropriée.

À la lumière de ce qui est dit plus haut, plusieurs questions se posent :

- Quelle est le rôle assigné à la Cour constitutionnelle dans ce genre de cas d'espèce ? Le contrôle de la mise en œuvre des arrêts de la CEDH revient au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. L'obligation de leur mise en œuvre incombe au législateur national.
- Comment la Cour constitutionnelle devrait-elle évaluer la question de savoir si le législateur national a rempli les exigences de l'arrêt pilote ? La Cour constitutionnelle peut examiner la conformité de lois avec la Convention en tant que traité (y compris la jurisprudence pertinente de la CEDH), mais les arrêts pilotes vont au-delà de l'interprétation des droits garantis par la Convention. Il se pourrait également poser la question de savoir si un tel cas peut conduire à une décision « ultra vires ».
- Est-ce que les arrêts pilotes interfèrent avec le principe de subsidiarité, dans la mesure où la CEDH peut anticiper sur une décision de la Cour constitutionnelle nationale ?
- La Cour constitutionnelle a-t-elle une certaine marge de manœuvre lorsqu'elle examine la constatation de l'arrêt pilote suivant laquelle le système d'indemnisation actuellement en vigueur pour les « personnes effacées » n'est pas adéquat ? Pourtant l'arrêt pilote ne fournit pas de réponses plus détaillées ni de principes directeurs.
- Qu'arrivera-t-il si la Cour constitutionnelle constate que la loi mettant en place le système spécial d'indemnisation est conforme à la Constitution alors que la Cour de Strasbourg arrive par la suite à une conclusion différente ?
- À la lumière de l'exigence stricte suivant laquelle toutes les voies de recours doivent être épuisées dans les cas où une loi n'est pas directement effective, on peut se demander si la Cour constitutionnelle sera en mesure de statuer sur le fond concernant une telle loi avant que les tribunaux ordinaires ne se soient prononcés sur l'indemnisation accordée par cette loi. Dans un tel cas, la CEDH pourrait soutenir à nouveau que les voies de recours sont inefficaces en Slovaquie.

En posant ces questions, je ne voudrais nullement exprimer une objection *a priori* contre les arrêts pilotes de la CEDH. En les soulevant, je souhaite simplement souligner qu'un dialogue entre les cours constitutionnelles nationales et la CEDH n'est pas seulement nécessaire, mais que cela devrait être un dialogue entre égaux et que la CEDH devrait, dans toute la mesure du possible, prendre en compte les circonstances (nationales) spécifiques et relever avant tout les efforts des cours constitutionnelles nationales visant à garantir la constitutionnalité des lois et la sauvegarde des droits de l'homme.

Miroslav MOZETIČ
President of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia

**Pilot judgments of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of
the Republic of Slovenia**

At the outset it should be stressed that the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as the Convention) plays an extremely important (decisive) role in the work of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia. From the viewpoint of national law it is undisputed that the Convention is directly applicable. Such entails that all state authorities, particularly the courts, must consider it when deciding on the rights and obligations of individuals.

When the Constitutional Court is deciding on whether a law is consistent with the Constitution (abstract review of constitutionality), or whether the human rights or fundamental freedoms of individuals have been violated in proceedings before state authorities (constitutional complaint), it also regularly takes into account the Convention and the case law of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as the ECtHR).

With regard to the level of protection of human rights by the Constitution or by treaties, the Constitution of the Republic of Slovenia established the principle of the highest protection of rights. In accordance with this principle, the Convention takes precedence over the Constitution if it provides a higher level of protection of a human right. Such entails that with regard to human rights protection the Constitution and the Convention constitute a whole. Even though formally the Convention is a treaty and as such it is inferior to the Constitution in the hierarchy of legal acts, it is in fact a part of substantive constitutional law. The same applies also to the standpoints of the ECtHR that entail an interpretation of the rights under the Convention. In this regard it must be highlighted that the Constitutional Court of the Republic of Slovenia does not differentiate between judgments adopted against Slovenia and judgments adopted against other State Parties. The Constitutional Court adopted the standpoint that all ECtHR judgments are equally binding (nature of precedent).

However, with regard to the binding effect of ECtHR judgments, recently there emerged the question of whether and how the so called pilot judgments affect the relationship between the ECtHR and the Constitutional Court. Pilot judgments appear to interfere significantly with the legislature's field [of competence], as well as the position of the Constitutional Court.

Let me illustrate the issue with a concrete example.

In the Case of Kurić and others v. Slovenia (Judgment dated 26 June 2012), the Grand Chamber of the ECtHR decided that the Republic of Slovenia violated the rights of the “erased”,¹ namely Article 8 (right to respect for private and family life), Article 13 (right to an effective remedy), and Article 14 of the Convention (prohibition of discrimination). The Court found that the measures adopted from 1999 onwards – beginning with the first Constitutional Court Decision – failed to remedy comprehensively and with the requisite promptness the grave consequences that the state authorities caused with the erasure. The ECtHR also found that due to the expiry of the limitation periods for initiating proceedings the “erased” could not effectively enforce compensation for the damage they sustained before national courts. As there thus existed a broader, systemic problem, the ECtHR adopted a pilot judgment and required the State to set up an *ad hoc* compensation scheme for the erased inhabitants within one year.

The question thus emerging is how the Constitutional Court should take this ECtHR pilot judgment into account within the framework of its competences. Namely, in the “pilot part” of the judgment, the ECtHR in fact conducted a review of the consistency of national legislation with the Convention. As it found that from the viewpoint of the Convention the national legislation is inadequate, it required the state to amend it. In doing so it *de facto* assumed the role of the Constitutional Court.

The Constitutional Court already encountered the pilot judgment regarding the “erased” when exercising its competences. In Case No. U-I-85/11 (Order dated 24 January 2014) the petitioners challenged the Act Regulating the Legal Status of Citizens of Former Yugoslavia Living in the Republic of Slovenia. They alleged that the Act prevented the remedying of the consequences of the violations of human rights and fundamental freedoms caused by the erasure from the register of permanent residents. With the intention to implement the ECtHR pilot judgment, the National Assembly adopted the Act on Restitution of Damage for Persons Who Were Erased from the Register of Permanent Residents in November 2013. As a result, the Constitutional Court rejected the petition for the review of the Act Regulating the Legal Status of Citizens of Former Yugoslavia Living in the Republic of Slovenia due to a lack of legal interest, as the legislature had responded to the ECtHR pilot judgment and remedied the alleged unconstitutionality. In this case the Constitutional Court thus established the facts that the European Court adopted a pilot judgment and that the legislature responded to it. Therefore, it was no longer necessary for the Constitutional Court to decide on the constitutionality of the previous deficient regulation.

Shortly thereafter, the Constitutional Court received a new petition for the review of constitutionality, this time against the Act on Restitution of Damage for Persons Who Were Erased from the Register of Permanent Residents. The petitioners challenge the

¹ Such entails the citizens of other former Republics of the SFRY who had their permanent residence in Slovenia [at the time it became independent] and who did not obtain Slovene citizenship.

constitutionality of the regulation of compensation that the legislature adopted precisely in order to implement the pilot judgment. In addition to the inconsistency with the Constitution, the petitioners also allege an inconsistency with the pilot judgment in the Case of Kurić and others v. Slovenia. They are of the opinion that the legislature did not implement the pilot judgment in an appropriate manner.

A number of questions arise in the light of the above:

- What role should be assigned to the Constitutional Court in such instances? The supervision of the implementation of ECtHR decisions is vested in the Committee of Ministers of the Council of Europe. The obligation to implement them lies with the legislature.
- How should the Constitutional Court assess whether the national legislature fulfilled the requirements of the pilot judgment? The Constitutional Court may review the consistency of laws with the Convention as a treaty (including the relevant case law of the ECtHR), but pilot judgments surpass the interpretation of Convention rights. The question of whether such entails a decision “ultra vires” might also arise.
- Do pilot judgments interfere with the principle of subsidiarity, as the ECtHR may pre-empt a decision of the national Constitutional Court?
- Does the Constitutional Court have any leeway considering the assessment in the pilot judgment that the system of compensation currently in force for the “erased” is not adequate? The pilot judgment, however, does not provide any more detailed answers or directives.
- What will happen if the Constitutional Court finds that the Act that established the special compensation scheme is consistent with the Constitution, while the European Court subsequently comes to a different conclusion?
- In light of the strict requirement that all legal remedies be exhausted in instances where a law is not directly effective, it is questionable whether the Constitutional Court will even be able to adopt a decision on the merits regarding such a law before ordinary courts will have adjudicated on the compensation under this law. Should such be the case, the ECtHR might again argue that the legal remedies in Slovenia are inefficient.

These questions are not intended to express an *a priori* objection to ECtHR pilot judgments. By asking them, I wish to highlight that a dialogue between national constitutional courts and the ECtHR is not only necessary, but that this should be a dialogue between equals and the ECtHR should as far as possible take into account the specific (national) circumstances and first and foremost underline the efforts of national constitutional courts to ensure the respect for constitutionality and protect human rights.

Miroslav MOZETIČ
Präsident des Verfassungsgerichtshofs der Republik Slowenien

**Piloturteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und deren Bedeutung für
den Verfassungsgerichtshof der Republik Slowenien**

Zu Beginn sei festgehalten, dass die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (nachfolgend als die Konvention bezeichnet) in der Arbeit des Verfassungsgerichtshofs der Republik Slowenien eine außerordentlich wichtige (entscheidende) Rolle spielt. Vom Standpunkt des nationalen Rechts ist die direkte Anwendbarkeit der Konvention unumstritten. Dies bedeutet, dass alle staatlichen Behörden, insbesondere die Gerichte, bei Entscheidungen, welche die Rechte und Pflichten von Personen betreffen, die Konvention zu berücksichtigen haben.

Wenn der Verfassungsgerichtshof darüber befindet, ob ein Gesetz verfassungsgemäß ist (abstrakte Prüfung der Verfassungsmäßigkeit) oder ob in einem Verfahren vor einer staatlichen Behörde die Menschenrechte und Grundfreiheiten einer Person verletzt wurden (Verfassungsbeschwerde), bezieht dieser stets die Konvention und die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgend als EGMR bezeichnet) mit ein.

In der Frage des Schutzes der Menschenrechte durch die Verfassung oder durch geltende Verträge gilt für den Verfassungsgerichtshof der Republik Slowenien der Grundsatz des höchsten Rechtsschutzes. Diesem Grundsatz entsprechend gilt das Primat der Konvention gegenüber der Verfassung, wenn die Konvention ein höheres Maß an Menschenrechtsschutz bietet. Somit stellen die Verfassung und die Konvention im Bereich des Menschenrechtsschutzes ein Ganzes dar. Obzwar die Konvention formell einen Vertrag darstellt und daher als solcher in der Hierarchie der Rechtsakte der Verfassung untergeordnet ist, bildet sie einen Teil des materiellen Verfassungsrechts. Dies gilt auch für die Standpunkte des EGMR, die eine Auslegung der durch die Konvention gewährleisteten Rechte darstellen. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass der Verfassungsgerichtshof der Republik Slowenien nicht zwischen gegen Slowenien ergangenen Urteilen und Urteilen gegen andere Vertragsstaaten der Konvention unterscheidet. Der Verfassungsgerichtshof bezieht den Standpunkt, dass alle Urteile des EGMR gleichermaßen verbindlich sind (und somit Präzedenzfälle darstellen).

Im Zusammenhang mit der bindenden Wirkung von Urteilen des EGMR ist jedoch kürzlich die Frage aufgetaucht, ob und wie sich sogenannte Piloturteile auf die Beziehung zwischen dem EGMR und dem Verfassungsgerichtshof auswirken. Piloturteile scheinen signifikant in die Kompetenz des Gesetzgebers einzugreifen und sich auf die Position des Verfassungsgerichtshofs auszuwirken.

Gestatten Sie mir, die Frage an Hand eines konkreten Beispiels zu beleuchten.

In der Beschwerdesache Kuric u.a. gegen Slowenien (Urteil vom 26. Juni 2012) wurde von der Großen Kammer entschieden, dass die Republik Slowenien die Rechte der „Ausradierten“¹, nämlich Artikel 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), Artikel 13 (Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz) und Artikel 14 der Konvention (Diskriminierungsverbot) verletzt hat. Das Gericht stellte fest, dass die ab 1999 ergriffenen Maßnahmen – beginnend mit der ersten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs – die schwerwiegenden Konsequenzen, welche von den staatlichen Behörden durch die „Ausradierung“ verursacht wurden, nicht umfassend und mit der erforderlichen Geschwindigkeit beseitigten. Der EGMR stellte außerdem fest, dass auf Grund des Ablaufs der Fristen für die Verfahrenseinleitung die „Ausradierten“ keine wirksame Entschädigung für die vor den nationalen Gerichten erlittenen Verluste durchsetzen konnten. Da es sich dabei um ein weiterreichendes, systemisches Problem handelte, sprach der EGMR ein Piloturteil aus und forderte den Staat auf, innerhalb eines Jahres ad hoc ein System der Entschädigung für die „ausradierten“ Einwohner einzurichten.

Damit stellt sich die Frage, auf welche Weise der Verfassungsgerichtshof dieses Piloturteil des EGMR im Rahmen seiner Zuständigkeiten berücksichtigen soll. Im „Pilotteil“ des Urteils hat der EGMR die Übereinstimmung der nationalen Gesetzgebung mit der Konvention überprüft. Da die nationalen Bestimmungen als vom Standpunkt der Konvention unzureichend befunden wurden, forderte der Gerichtshof den Staat zur Korrektur auf. Somit hat der EGMR de facto die Rolle des Verfassungsgerichtshofs übernommen.

Der Verfassungsgerichtshof ist in Ausübung seiner Kompetenzen bereits auf das Piloturteil zur Beschwerdesache der „Ausradierten“ gestoßen. In der Sache U-I-85/11 (Entscheidung vom 24. Jänner 2014) wird von den Beschwerdeführern Einspruch gegen das Gesetz zur Regelung des Rechtsstatus von in der Republik Slowenien lebenden Bürgern des ehemaligen Jugoslawien erhoben. Sie behaupteten, dass das Gesetz eine Abhilfe gegen die durch die Streichung aus dem Register der dauerhaft niedergelassenen Einwohner verursachten Folgen der Verletzungen von Menschenrechten und Grundfreiheiten verhindere. In der Absicht, das Piloturteil des EGMR umzusetzen, verabschiedete die Nationalversammlung im November 2013 das Gesetz über die Entschädigung von aus dem Register der dauerhaft niedergelassenen Einwohner gestrichenen Personen. In der Folge wurde der Antrag auf Überprüfung des Gesetzes zur Regelung des Rechtsstatus von in der Republik Slowenien lebenden Bürgern des ehemaligen Jugoslawien vom Verfassungsgerichtshof auf Grund mangelnden rechtlichen Interesses abgewiesen, da der Gesetzgeber bereits auf das Piloturteil des EGMR reagiert und die behauptete Verfassungswidrigkeit beseitigt hatte. In

¹ Bürger der anderen Teilrepubliken der Sozialistischen Bundesrepublik Jugoslawien, die ihren ständigen Wohnsitz in Slowenien (zum Zeitpunkt der Erlangung der Unabhängigkeit) hatten und nicht die slowenische Staatsbürgerschaft erhielten.

diesem Fall stellte der Verfassungsgerichtshof also fest, dass der Europäische Gerichtshof ein Piloturteil gefällt und der Gesetzgeber darauf reagiert hatte. Eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs über die Verfassungsmäßigkeit der zuvor geltenden, mangelhaften Bestimmung war daher nicht mehr erforderlich.

Kurz danach langte beim Verfassungsgerichtshof ein weiterer Antrag auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit ein – diesmal bezüglich des Gesetzes über die Entschädigung von aus dem Register der dauerhaft niedergelassenen Einwohner gestrichenen Personen. Die Antragsteller stellen die Verfassungsmäßigkeit eben jenes Entschädigungsgesetzes in Frage, das vom Gesetzgeber zur Umsetzung des Piloturteils verabschiedet worden war. Die Antragsteller behaupten, dass das Gesetz nicht nur der Verfassung, sondern auch dem Piloturteil in der Beschwerdesache Kuric u.a. gegen Slowenien widerspricht. Ihrer Meinung nach hat der Gesetzgeber das Piloturteil nicht ordnungsgemäß umgesetzt.

Im Lichte des geschilderten Sachverhalts stellt sich eine Reihe von Fragen:

- Welche Rolle kommt dem Verfassungsgerichtshof in derartigen Fällen zu? Die Überwachung der Umsetzung von Entscheidungen des EGMR obliegt dem Ministerkomitee des Europarats. Die Verpflichtung zur Umsetzung liegt beim Gesetzgeber.
- Wie soll der Verfassungsgerichtshof beurteilen, ob die nationale Gesetzgebung den Anforderungen des Piloturteils entsprochen hat? Der Verfassungsgerichtshof kann die Konformität von Gesetzen mit der Konvention als Vertragswerk (einschließlich der relevanten Judikatur des EGMR) prüfen, aber Piloturteile gehen über die Auslegung von Konventionsrechten hinaus. Es könnte sich die Frage erheben, ob eine derartige Entscheidung einen Ultra-Vires-Akt darstellt.
- Greifen Piloturteile in den Grundsatz der Subsidiarität ein, da der EGMR damit eine Entscheidung des nationalen Verfassungsgerichtshofs vorwegnehmen kann?
- Bleibt dem Verfassungsgerichtshof ein Spielraum angesichts der im Piloturteil zum Ausdruck gebrachten Einschätzung, dass das gegenwärtig bestehende System der Entschädigung für die „Ausradierten“ nicht angemessen ist? Das Piloturteil seinerseits liefert keine detaillierten Antworten oder Leitlinien.
- Was geschieht, wenn der Verfassungsgerichtshof feststellt, dass das Gesetz, mit dem das System der besonderen Entschädigung eingerichtet wurde, verfassungsgemäß ist, der Europäische Gerichtshof aber danach zu einem anderen Schluss gelangt?
- Im Lichte der streng zu befolgenden Regel, dass alle Rechtsmittel auszuschöpfen sind, wenn ein Gesetz keine direkte Wirksamkeit hat, ist es fraglich, ob der Verfassungsgerichtshof überhaupt in der Lage sein wird, eine Entscheidung zu einem derartigen Gesetz zu treffen, bevor ordentliche Gerichte über die nach diesem Gesetz zu leistende Entschädigung entschieden haben. In einem solchen Fall könnte der EGMR argumentieren, dass die in Slowenien verfügbaren Rechtsmittel unwirksam sind.

Es besteht nicht die Absicht, a priori Einwände gegen Piloturteile des EGMR zu erheben. Durch meine Fragen möchte ich nicht nur aufzeigen, dass ein Dialog zwischen den nationalen Verfassungsgerichten und dem EGMR notwendig ist, sondern auch hervorheben, dass es ein Dialog unter Gleichgestellten sein sollte, und dass der EGMR so weit wie möglich die spezifischen (nationalen) Umstände berücksichtigen und vor allem die Anstrengungen der nationalen Verfassungsgerichte bei der Gewährleistung der Verfassungsmäßigkeit und des Schutzes der Menschenrechte hervorheben sollte.

Мирослав МОЗЕТИЧ
Президент Конституционного суда Республики Словения

**Пилотные постановления Европейского суда по правам человека и Конституционного
суда Республики Словения**

В самом начале следует подчеркнуть, что Конвенция о защите прав человека и основных свобод (в дальнейшем именуемая Конвенцией) играет чрезвычайно важную (решающую) роль в работе Конституционного суда Республики Словения. С точки зрения национального права бесспорно, что Конвенция имеет прямое действие. Это подразумевает, что все государственные органы власти, особенно суды, должны учитывать ее при принятии решений по правам и обязанностям отдельных граждан.

Когда Конституционный суд принимает решение о том, соответствует ли закон Конституции (абстрактный нормоконтроль), или о том, не были ли нарушены права человека и основные свободы граждан в процессе против государственных органов власти (конституционная жалоба), он также постоянно принимает во внимание Конвенцию и сложившуюся практику Европейского суда по правам человека (в дальнейшем именуемого ЕСПЧ).

Учитывая уровень защиты прав человека Конституцией и международными договорами, Конституция Республики Словения устанавливает принцип наиболее высокой защиты прав. В соответствии с этим принципом Конвенция имеет преимущественную силу над Конституцией, если она обеспечивает более высокий уровень защиты прав человека. Это означает, что в отношении защиты прав человека Конституция и Конвенция представляют собой единое целое. Даже при том, что формально Конвенция является договором и в силу этого в иерархии правовых актов находится ниже Конституции, фактически она является частью основного конституционного права. То же самое применимо также к позиции ЕСПЧ, что подразумевает толкование прав согласно Конвенции. В этой связи следует особо подчеркнуть, что Конституционный суд Республики Словения не проводит различий между решениями, принятыми против Словении и решениями, принятыми против других стран-участниц. Конституционный суд придерживается позиции, что все решения ЕСПЧ являются равно обязательными (сущность прецедента).

Однако, учитывая обязательный характер решений ЕСПЧ, в недавнем времени возник вопрос, влияют ли так называемые пилотные постановления на отношения между ЕСПЧ и Конституционным судом, и если да, то каким образом. Пилотные постановления представляются значительно вторгающимися в поле [компетенции] законодателей, так же как и влияющими на позицию Конституционного суда.

Позвольте мне проиллюстрировать данный вопрос конкретным примером.

В деле «Курич и другие против Словении» (Постановление от 26 июня 2012 г.) Большая Палата ЕСПЧ постановила, что Республика Словения нарушила права «удаленных» лиц¹, а именно статью 8 (право на уважение частной и семейной жизни), статью 13 (право на эффективное средство правовой защиты) и статью 14 Конвенции (запрещение дискриминации). Суд нашел, что меры, принятые в 1999 году и в дальнейшем – начиная с первого Решения Конституционного суда – не смогли компенсировать в полной мере и с необходимой оперативностью серьезные последствия, которые вызвали удалением органы государственной власти. ЕСПЧ также пришел к заключению, что в связи с истечением срока исковой давности «удаленные» лица не могли в действительности отстаивать в национальных судах компенсацию за причиненный им вред. Таким образом, существует более широкая, системная проблема, в связи с чем ЕСПЧ принял пилотное постановление и обязал государство установить компенсационную схему специально для таких случаев «удаленных» жителей в течение одного года.

Соответственно, возникает вопрос, каким образом Конституционный суд должен учитывать данное пилотное постановление ЕСПЧ в рамках своей компетенции. А именно, в «пилотной части» постановления ЕСПЧ фактически проводит проверку соответствия национального законодательства Конвенции. Ввиду того, что Суд признал нормы национального законодательства не соответствующими Европейской конвенции, он обязал государство внести в него изменения. Действуя таким образом, он *de facto* принял на себя роль Конституционного суда.

Конституционный суд уже сталкивался с пилотным постановлением, касающимся «удаленных» лиц, при осуществлении своих полномочий. В деле № U-I-85/11 (Постановление от 24 января 2014 г.) заявители оспорили Закон, регулирующий правовой статус жителей бывшей Югославии, проживающих в Республике Словения. Они утверждали, что Закон препятствует компенсации последствий нарушения прав человека и основных свобод, вызванного исключением их из реестра постоянных жителей. С целью исполнения пилотного постановления ЕСПЧ Национальное Собрание в ноябре 2013 г. приняло Закон о возмещении вреда, нанесенного лицам, которые были удалены из реестра постоянных жителей. В результате Конституционный суд отклонил ходатайство о проверке Закона, регулирующего правовой статус граждан бывшей Югославии, проживающих в Республике Словения, из-за отсутствия юридического интереса, так как законодатели отреагировали на пилотное постановление ЕСПЧ и устранили утверждаемую неконституционность. В данном

¹ Это подразумевает граждан бывших республик СФРЮ, которые имели постоянное местожительство в Словении [на тот момент, когда она стала независимой] и которые не получили словенское гражданство.

случае Конституционный суд таким образом установил факт, что Европейский суд принял пилотное постановление и законодатели отреагировали на него. В силу вышесказанного для Конституционного суда больше не было необходимости принимать решения о конституционности предыдущего несовершенного нормативного правового акта.

Вскоре после этого в Конституционный суд поступило новое обращение о проверке конституционности, на этот раз в отношении Закона о возмещении вреда, нанесенного лицам, которые были удалены из реестра постоянных жителей. Заявители оспаривают конституционность регулирования компенсаций, которое законодатели приняли как раз в целях исполнения пилотного постановления. В дополнение к несоответствию Конституции заявители также утверждают несоответствие пилотному постановлению по делу «Курич и другие против Словении». Они придерживаются мнения, что законодатели не исполнили пилотное постановление надлежащим образом.

В свете вышеизложенного возникает ряд вопросов:

- Какая роль должна быть приписана Конституционному суду в таких случаях? Контроль за исполнением решений ЕСПЧ передан Комитету министров Совета Европы. Обязанность их исполнения возложена на законодателей.
- Каким образом Конституционный суд должен определять, выполнили ли национальные законодатели требования пилотного постановления? Конституционный суд может проверить законы на соответствие Конвенции как договору (включая относящуюся к делу судебную практику ЕСПЧ), но пилотное постановление выходит за границы интерпретации прав по Конвенции. Может также возникнуть вопрос, подразумевает ли это решение с превышением полномочий (*ultra vires*).
- Вступают ли пилотные постановления в конфликт с принципом субсидиарности, учитывая, что решение ЕСПЧ может опередить решение национального Конституционного суда?
- Имеет ли Конституционный суд какую-либо свободу действий, учитывая то, что в пилотном постановлении система компенсации для «удаленных» лиц, действующая в настоящее время, оценивается как не соответствующая Конвенции? Пилотное постановление, однако, не дает каких-либо более конкретных ответов или директив.
- Что случится, если Конституционный суд установит, что закон, установивший специальную компенсационную схему, соответствует Конституции, в то время как Европейский суд позднее придет к другому заключению?
- В свете строгих требований того, чтобы в случаях, когда закон не обладает прямым действием, были исчерпаны все средства правовой защиты, вызывает сомнения, сможет ли вообще Конституционный суд принять решение по существу касательно такого закона, пока суды общей юрисдикции не вынесут решения по компенсации

согласно этому закону. Если же это произойдет, ЕСПЧ может вновь заявить, что средства правовой защиты Словении малоэффективны.

Данные вопросы предназначены не для того, чтобы выразить *a priori* несогласие с пилотными постановлениями ЕСПЧ. Задавая их, я хочу заострить внимание на том, что диалог между национальными конституционными судами и ЕСПЧ необходим, но это должен быть диалог на равных, и ЕСПЧ должен, насколько возможно, учитывать особые (национальные) обстоятельства и прежде всего поддерживать усилия национальных конституционных судов по обеспечению уважения к конституционности и защите прав человека.

Adela ASUA BATARRITA
Juge au Tribunal constitutionnel d'Espagne

Le mécanisme principal dont dispose la Constitution espagnole de 1978 en vue d'assurer la coordination entre le niveau constitutionnel et le niveau international de la protection des droits fondamentaux est son article 10.2. Cet article stipule ce qui suit : « Les normes relatives aux droits fondamentaux et libertés reconnus dans la Constitution devront être interprétées en conformité avec la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que les traités et conventions internationaux pertinents que l'Espagne a ratifiés. » Cette disposition a joué un rôle extraordinaire dans le développement de la jurisprudence constitutionnelle espagnole dans le domaine des droits fondamentaux. À l'époque de la fondation de l'Espagne démocratique, l'article 10.2 avait pour mission d'établir un lien entre le contenu des droits récemment proclamés dans la Constitution de 1978 et le contenu minimal reconnu au niveau international. Dès les débuts, cette disposition a permis d'incorporer les standards de protection généralement acceptés au niveau international. Au fil du temps, elle est devenue une clause générale qui permet à l'État espagnol d'être ouvert au niveau constitutionnel vis-à-vis des droits de l'homme consacrés par le droit international, puisque le Tribunal constitutionnel espagnol a toujours interprété de manière très extensive ledit article 10.2, conformément à son esprit. Les critères herméneutiques ne se retrouvent pas seulement dans les textes des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par l'Espagne, mais aussi dans la jurisprudence des tribunaux internationaux ou institutions quasi juridictionnelles qui ont été institués en vue de garantir et de superviser les traités mentionnés, voire même les actes et résolutions émanant des organismes internationaux qui se penchent sur les questions pertinentes relatives à l'interprétation des droits de l'homme.

Cette ouverture par rapport au droit international n'est soumise qu'à deux limitations : d'une part les standards internationaux doivent être inscrits dans les traités internationaux ratifiés par l'Espagne ; d'autre part, les standards internationaux doivent correspondre à l'un des droits fondamentaux reconnus dans la Constitution espagnole, bien que le Tribunal constitutionnel espagnol gère cette exigence de conformité de manière flexible en s'orientant sur le domaine de protection et non pas sur le *nomen iuris* de chaque droit. Bien que les standards internationaux fournissent des critères herméneutiques valides en ce qui concerne le sens et la portée des droits reconnus par la Constitution espagnole, ils ne se transforment pas pour autant en un canon autonome de la constitutionnalité. Cela signifie que, considérés isolément, ils n'ouvrent pas la voie à une plainte constitutionnelle et ne peuvent pas servir à déclarer inconstitutionnels un acte ou une norme des autorités publiques espagnoles.

Grâce à l'article 10.2 de la Constitution espagnole, aussi bien la Convention européenne des droits de l'homme signée à Rome en 1950 que l'ensemble de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ont été – en raison des effets herméneutiques mentionnés – invoqués et appliqués souvent et systématiquement par le Tribunal constitutionnel espagnol depuis ses débuts. Il n'existe pratiquement aucun arrêt portant sur une question controversée relative au sens et à la portée de la protection assurée par une norme constitutionnelle qui ne se réfère pas au recueil volumineux d'affaires, de critères et d'interprétations qui repose sur le système de la Convention européenne des droits de l'homme qui se compose du texte de la Convention, des protocoles ratifiés par l'Espagne et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En général, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est prise en compte pour confirmer les solutions trouvées suite à l'interprétation de nos propres normes constitutionnelles ; mais il arrive aussi qu'on se réfère aux standards européens ou internationaux pour assurer un niveau de protection supérieur à celui prévu dans nos normes constitutionnelles. Naturellement, dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol, on accorde une attention particulière aux arrêts qui condamnent l'Espagne au titre de la violation d'un droit garanti par la Convention. Sans quitter le cadre européen, la jurisprudence constitutionnelle espagnole s'est servie encore d'autres traités internationaux, élaborés sous les auspices du Conseil de l'Europe, notamment la Convention de 1981 sur le traitement des données à caractère personnel.

En second lieu, il convient de souligner dans ce contexte l'utilisation des divers instruments internationaux en matière de droits de l'homme à caractère universel. En dehors de la Déclaration universelle des droits de l'homme mentionnée explicitement dans l'article 10.2 de la Constitution espagnole, les pactes internationaux signés en 1986 ainsi que diverses autres conventions élaborées dans le cadre du système des Nations Unies (sur les droits de l'enfant, sur les personnes handicapées, sur l'interdiction de la torture, etc.) ont été souvent utilisés. On se réfère également souvent aux conventions et recommandations de l'Organisation internationale du travail.

En troisième lieu il convient de mentionner que, dans plus d'une douzaine d'affaires, le Tribunal constitutionnel espagnol a également tenu compte de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le fait est que le Tribunal constitutionnel s'est référé, à des fins interprétatives, à la Charte de l'Union dès avant sa proclamation solennelle par les institutions à Nice en décembre 2000 (soit dans l'arrêt 292/2000 du 30 novembre 2000 sur la protection des données personnelles des citoyens), faisant ainsi du Tribunal constitutionnel espagnol la première juridiction constitutionnelle ou suprême d'un État membre à invoquer la Charte. Ces dernières années, nous constatons que les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne sont cités de plus en plus souvent lorsqu'il s'agit d'interpréter le sens et le champ d'application des droits fondamentaux reconnus dans l'Union européenne. Les critères d'interprétation élaborés, relatifs à la discrimination fondée sur le sexe ou

l'orientation sexuelle puisés dans le droit dérivé de l'Union européenne ainsi que dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg ont joué un rôle particulièrement important. Et en 2011 le Tribunal constitutionnel espagnol a engagé sa première procédure préjudicielle devant la CJUE au sujet de laquelle il a été statué en février 2013 (affaire *Melloni*), ce qui a conduit *ad extra* à un ajustement du contenu du droit fondamental à un procès avec toutes les garanties en rapport avec le mandat d'arrêt européen et les procédures de remise.

La grande ouverture au droit international des droits de l'homme que permet l'article 10.2 de la Constitution espagnole mentionné plus haut explique que le Tribunal constitutionnel espagnol ait relativement peu besoin de recourir au droit comparé ou à la jurisprudence comparée d'autres cours constitutionnelles. En fait, on trouve assez rarement dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole des références au droit comparé ou à la jurisprudence comparée de cours/tribunaux nationaux étrangers. Dans la mesure où les arrêts d'autres cours/tribunaux ont été considérés, il s'agissait surtout de ceux du Tribunal constitutionnel fédéral allemand et, dans une moindre mesure, ceux de la Cour constitutionnelle italienne. Curieusement, il y a eu ces derniers mois, lorsque la documentation pour le présent congrès était déjà achevée, pour la première fois des références à des tribunaux extra-européens ; en l'occurrence, il s'agissait d'un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis relatif au prélèvement de l'ADN d'un détenu ainsi que d'une décision de la Cour suprême du Canada relative au référendum au Québec. En revanche, jamais n'a-t-on mentionné des arrêts provenant de l'un des nombreux États latino-américains avec lesquels nous partageons la langue.

Adela ASUA BATARRITA
Judge at the Spanish Constitutional Court

The principal mechanism by means of which the Spanish Constitution of 1978 can achieve a coordination of the protection of fundamental rights between the constitutional and the international level is Article 10.2, which reads as follows: "All norms which refer to the fundamental rights and freedoms recognized by the Constitution are to be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and with the international treaties and conventions thereon ratified by Spain." This precept has been outstandingly important in the development of Spanish constitutional jurisprudence on fundamental rights. At the time the democratic Spain was founded, Article 10.2 was intended to tie the contents of the rights which had recently been proclaimed in the Constitution of 1978 to the minimum contents recognized at international level. This legal provision made it possible from the very beginning to incorporate the standards of protection which had already been generally accepted at international level. Over time it transformed into a general opening clause for the Spanish state vis-à-vis the human rights which are laid down in international law, since the Spanish Constitutional Court has always interpreted said Article 10.2 extensively, as intended when it was drafted. The hermeneutic criteria can be derived not only from the texts of international human rights treaties which Spain has ratified, but also from the case law of those international courts or quasi-judicial institutions which were set up to guarantee and supervise said treaties and/or even from the acts and resolutions which were passed by international bodies on issues that are relevant for the interpretation of human rights.

This openness toward international law is subject to two limitations only: first, the international standards must be derived from international treaties ratified by Spain; and second, the international standards must correspond to a fundamental right that is recognized in the Spanish Constitution, even though the Spanish Constitutional Court deals with this requirement flexibly as needed, orienting itself on the scope of protection and not on the *nomen iuris* of every right. Even though the international standards provide valuable hermeneutic criteria as to the meaning and scope of the rights recognized by the Spanish Constitution, they do not become an autonomous canon of constitutionality. This means that – considered in isolation and individually – they neither give rise to a constitutional complaint, nor serve to declare an act or norm by a Spanish authority unconstitutional.

Owing to Article 10.2 of the Spanish Constitution, both the European Convention on Human Rights, which was signed in Rome in 1950, and the jurisprudence emanating from the European Court of Human Rights were frequently and systematically invoked and used by the Spanish Constitutional Court from the very beginning in terms of the above hermeneutics. There is virtually no judgment on controversial issues regarding the meaning

and scope of the protection granted by a constitutional norm which does not rely on the vast repository of cases, criteria and interpretations which exist based on the European Convention of Human Rights, the protocols ratified by Spain, and the jurisprudence of the European Court of Human Rights. In general, the Strasburg jurisprudence is considered to confirm the solutions developed by interpretation of our own constitutional norms; frequently however, the European and international standards have been used to justify a level of protection which is higher than our constitutional rules apparently provide. And, of course, the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court gives special attention to all those judgments which condemn Spain for violating a right enshrined in the Convention. Without transgressing the European framework, Spanish constitutional jurisprudence has also made use of other international treaties elaborated under the auspices of the Council of Europe, in particular the 1981 Convention for the Protection of Individuals with regard to automatic processing of personal data.

Secondly, the use of various international human rights instruments of a universal character should be highlighted in this context. Apart from the Universal Declaration of Human Rights, which is explicitly mentioned in Article 10.2 of the Spanish Constitution, the international pacts signed in 1966 and various other United Nations conventions (Convention on Children's Rights, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Convention against Torture, etc.) were frequently used. The conventions and recommendations of the International Labour Organisation are often resorted to as well.

Thirdly, the Spanish Constitutional Court already considered the Charter of Fundamental Rights of the European Union in more than a dozen cases and/or referred to them for the purpose of interpretation, even before they were officially proclaimed by the institutions in Nice in December 2000 (specifically judgment 292/2000 of 30 November 2000 relating to the protection of personal data). The Spanish Constitutional Court such became the first supreme and/or constitutional body of a member state to invoke the Charter. In recent years we have seen increasing reference being made to the judgments of the Court of Justice of the European Union relating to the interpretation of the meaning and scope of the fundamental rights recognized by the European Union. Above all, the elaborate criteria of interpretation in the field of discrimination on the grounds of sex or sexual orientation which were derived from secondary EU law, as well as from the Luxembourg case law have been particularly important. And in 2011, the Spanish Constitutional Court submitted its first reference for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union which was decided in February 2013 (*Melloni case*) and brought in its wake an *ad extra* adjustment of the content of a fundamental right to a case with all procedural guarantees in the context of the European arrest warrant.

The wide openness vis-à-vis international law in the area of human rights which the said Article 10.2 of the Spanish Constitutional allows for, explains why the Spanish Constitutional

Court felt little need to resort to comparative law and/or comparative jurisprudence by other constitutional courts. In fact, there are very rare instances of comparative law or comparative jurisprudence of foreign national courts to be found in Spanish constitutional jurisprudence. If judgments of other courts were consulted at all, then mainly those handed down by German Federal Constitutional Court, and - to a lesser extent – by the Italian Constitutional Court. Curiously, we have seen references to non-European courts in the last few months, when the documentation for this Congress had already been finalised, specifically a ruling by the US Supreme Court in the context of DNA sampling with an arrested person and a judgment by the Canadian Supreme Court on a referendum in Quebec. In contrast, judgments of one of the numerous Latin American states with which we share a common language have never been mentioned to date.

Adela ASUA BATARRITA
Richterin am spanischen Verfassungsgericht

Der Hauptmechanismus, über den die spanische Verfassung von 1978 verfügt, um eine Koordinierung zwischen der verfassungsrechtlichen und der internationalen Ebene des Grundrechtsschutzes zu erzielen, ist ihr Artikel 10.2. In diesem Artikel heißt es: „Alle Normen, die sich auf in der Verfassung anerkannte Grundrechte und Freiheiten beziehen, sind in Übereinstimmung mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte sowie den von Spanien ratifizierten internationalen Verträgen und Übereinkommen zu dieser Materie auszulegen.“ Diese Rechtsvorschrift hat eine außerordentliche Rolle bei der Entwicklung der spanischen verfassungsrechtlichen Rechtsprechung im Bereich der Grundrechte gespielt. In der Zeit, in der das demokratische Spanien begründet wurde, hatte Artikel 10.2 die Aufgabe, den Inhalt der gerade erst über die Verfassung von 1978 proklamierten Rechte mit den auf internationaler Ebene formulierten Mindestinhalten zu verbinden. Diese Rechtsvorschrift machte es von Anfang an möglich, die international bereits allgemein anerkannten Schutzstandards auch in unser Rechtssystem einzugliedern. Mit der Zeit hat sie sich in eine Generalklausel verwandelt, die es dem spanischen Staat erlaubt, auf verfassungsrechtlicher Ebene den völkerrechtlich verankerten Menschenrechten gegenüber offen zu sein, denn das spanische Verfassungsgericht hat besagten Artikel 10.2. immer sehr extensiv ausgelegt, so wie es bei seiner Formulierung auch gedacht war. Die hermeneutischen Kriterien sind nicht nur den Texten der von Spanien ratifizierten internationalen Menschenrechtsverträge zu entnehmen, sondern auch von der Rechtsprechung jener internationalen Gerichte oder quasi-gerichtlichen Institutionen abzuleiten, die zur Gewährleistung und Kontrolle besagter Verträge errichtet wurden bzw. sogar von den Rechtsakten und Resolutionen, die seitens der internationalen Stellen, die relevante Fragen für die Auslegung der Menschenrechte behandeln, ergangen sind.

Diese Offenheit gegenüber dem Völkerrecht ist nur zwei Einschränkungen unterworfen: Zum einen haben die internationalen Standards aus von Spanien ratifizierten internationalen Verträgen zu stammen; zum anderen müssen die internationalen Standards zumindest einem der in der spanischen Verfassung anerkannten Grundrechte entsprechen, wenngleich das spanische Verfassungsgericht diese Anforderung der Entsprechung flexibel handhabt und sich an dem zu schützenden Bereich und nicht am *nomen iuris* eines jeden Rechts orientiert. Obwohl aber nun die internationalen Standards wertvolle hermeneutische Kriterien bezüglich der Bedeutung und Tragweite der von der spanischen Verfassung anerkannten Rechte liefern, werden sie dadurch nicht zu einem autonomen Kanon der Verfassungsmäßigkeit. Das heißt, dass sie, isoliert bzw. einzeln betrachtet, weder den Weg zu einer Verfassungsbeschwerde öffnen noch dazu dienen, einen Verfassungsakt oder eine Norm der spanischen Behörden für verfassungswidrig zu erklären.

Dank des Artikels 10.2 der spanischen Verfassung wurde sowohl die 1950 in Rom unterzeichnete Europäische Menschenrechtskonvention als auch die gesamte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Sinne der erwähnten Hermeneutik vom spanischen Verfassungsgericht von Anfang an oft und systematisch geltend gemacht und angewandt. Es gibt praktisch kein zu einer strittigen Frage bezüglich der Bedeutung und Tragweite des von einer verfassungsrechtlichen Norm gewährten Schutzes gefälltes Urteil, das nicht auf die umfangreiche und systematisierte Sammlung von Fällen, Kriterien und Auslegungen zurückgreift, die auf der Grundlage der Europäischen Menschenrechtskonvention, der von Spanien ratifizierten Protokolle und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zur Verfügung steht. Im Allgemeinen wird die Straßburger Rechtsprechung berücksichtigt, um die Lösungen, die aufgrund der Auslegung unserer eigenen verfassungsrechtlichen Normen gefunden wurden, zu bestätigen, aber nicht selten werden auch die europäischen oder internationalen Standards herangezogen, um ein höheres Schutzniveau zu begründen als jenes, das in unseren verfassungsrechtlichen Regelungen vorgesehen schien. Und natürlich wird im Rahmen der Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts all jenen Urteilen eine besondere Aufmerksamkeit zuteil, die Spanien wegen der Verletzung eines in der Konvention verankerten Rechtes verurteilen. Ohne den europäischen Rahmen zu verlassen, hat die spanische Verfassungsrechtsprechung zudem auch andere internationale, unter den Auspizien des Europarates verfasste Verträge genutzt, insbesondere das Übereinkommen von 1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten.

An zweiter Stelle ist in diesem Zusammenhang die Verwendung der diversen internationalen Menschenrechtsinstrumente universellen Charakters hervorzuheben. Abgesehen von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, die in Artikel 10.2 der spanischen Verfassung explizit erwähnt wird, wurden auch die 1966 unterzeichneten internationalen Vereinbarungen sowie verschiedene andere Konventionen aus dem Bereich der Vereinten Nationen (Kinderrechtskonvention, Behindertenkonvention, Antifolterkonvention, etc.) häufig genutzt. Ebenfalls sehr oft wird auf die Übereinkommen und Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation zurückgegriffen.

An dritter Stelle ist zu erwähnen, dass das spanische Verfassungsgericht bereits in über einem Dutzend Fällen die Grundrechtscharta der Europäischen Union berücksichtigt bzw. sich auf diese zu Auslegungszwecken sogar noch vor deren feierlicher Proklamation seitens der Institutionen in Nizza im Dezember 2000 berufen hat (konkret im Urteil 292/2000, vom 30. November 2000, im Zusammenhang mit dem Schutz der personenbezogenen Daten), wodurch das spanische Verfassungsgericht die erste höchstrichterliche bzw. verfassungsgerichtliche Instanz eines Mitgliedstaates war, die sich auf die Charta berief. In den letzten Jahren beobachten wir, dass in zunehmendem Maße jene Urteile des Europäischen Gerichtshofes zitiert werden, die mit der Auslegung der Bedeutung und

Tragweite der von der Europäischen Union anerkannten Grundrechte zu tun haben. Besondere Bedeutung hatten in diesem Zusammenhang die ausgefeilten Auslegungskriterien im Bereich der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung, die sowohl vom sekundären Gemeinschaftsrecht als auch von der Rechtsprechung in Luxemburg abgeleitet wurden. Und im Jahr 2011 hat das spanische Verfassungsgericht sein erstes Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof eingeleitet, das im Februar 2013 entschieden wurde (Rechtssache *Melloni*) und *ad extra* eine inhaltliche Anpassung des Grundrechtes auf ein Gerichtsverfahren mit allen Verfahrensgarantien im Zusammenhang mit dem Europäischen Haftbefehl mit sich brachte.

Die große Offenheit gegenüber der internationalen Menschenrechtsgesetzgebung, die der erwähnte Artikel 10.2 der spanischen Verfassung erlaubt, erklärt die relativ geringe Notwendigkeit seitens des spanischen Verfassungsgerichtes, auf Rechtsvergleichung bzw. vergleichende Rechtsprechung anderer Verfassungsgerichte zurückgreifen zu müssen. De facto findet man in der spanischen verfassungsrechtlichen Rechtsprechung eher selten vergleichendes Recht oder vergleichende Rechtsprechung ausländischer nationaler Gerichte. Und wenn überhaupt Urteile anderer Gericht zu Rate gezogen wurden, so hauptsächlich die des deutschen Bundesverfassungsgerichts und, in geringerem Ausmaße, die des italienischen Verfassungsgerichtshofes. Kurioserweise hat es in diesen letzten Monaten, als die schriftliche Dokumentation für diesen Kongress bereits abgeschlossen war, zum ersten Mal auch Bezugnahmen auf nicht-europäische Gerichte gegeben, konkret auf ein Urteil des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten im Zusammenhang mit der DNA-Probenentnahme bei einem Festgenommenen sowie auf ein Gutachten des Obersten Gerichtshofes von Kanada zur Volksabstimmung in Quebec. Dagegen wurden noch nie Urteile aus einer der zahlreichen lateinamerikanischen Staaten erwähnt, die mit uns eine Sprache teilen.

Адела АСУА БАТАРРИТА
Судья Конституционного суда Испании

Главный механизм, которым обладает Конституция Испании 1978 года для достижения координации между конституционно-правовым и международным уровнем защиты основных прав, предусмотрен в статье 10.2, которая гласит: «Все правовые нормы, относящиеся к закрепленным в Конституции основным правам и свободам, должны толковаться в соответствии со Всеобщей декларацией прав человека, а также ратифицированными Испанией международными договорами и соглашениями в этой сфере». Данная правовая норма сыграла чрезвычайно важную роль в развитии конституционной судебной практики в области основных прав и свобод в Испании. В то время когда закладывались основы демократической Испании, статья 10.2 была призвана объединить содержание прав, только что провозглашенных путем принятия Конституции 1978 года, со сформулированными на международном уровне минимальными гарантиями. Данная правовая норма предоставила с самого начала возможность внедрить уже общепризнанные международные стандарты в сфере защиты прав человека в нашу правовую систему. Со временем она превратилась в генеральное положение, позволяющее испанскому государству проявлять открытость на конституционно-правовом уровне по отношению к правам человека, гарантируемым нормами международного права, поскольку Конституционный суд Испании всегда достаточно расширенно толковал вышеупомянутую статью 10.2, как и было задумано при ее формулировке. Критерии толкования вытекают не только из текстов ратифицированных Испанией международных договоров о защите прав человека, но и также из судебной практики тех международных судов или эквивалентных им органов, которые были созданы для обеспечения и контроля за исполнением указанных договоров, и даже из актов и резолюций международных органов, принятых по вопросам толкования прав человека.

Эта открытость по отношению к международному праву имеет лишь два ограничения: с одной стороны, международные стандарты должны содержаться в ратифицированных Испанией международных договорах; с другой стороны, международные стандарты должны соответствовать, по меньшей мере, одному из гарантируемых испанской Конституцией основных прав, даже если Конституционный суд Испании гибко трактует это требование соответствия и ориентируется на защищаемую сферу, а не на юридическое понятие каждого отдельного права. Как бы то ни было, несмотря на то, что международные стандарты обеспечивают ценные критерии толкования относительно значения и сферы действия закрепленных в испанской Конституции прав, они тем самым не становятся частью независимого канона конституционности. Это значит, что они, рассматриваемые изолированно или

отдельно, не открывают путь для конституционной жалобы и не служат для того, чтобы признать правовую норму, изданную испанскими органами, неконституционной.

Благодаря статье 10.2 испанской Конституции, Конституционным судом Испании с самого начала, в понимании вышеупомянутого толкования, часто и систематично приводились и применялись не только подписанная в 1950 году в Риме Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, но и судебная практика Европейского суда по правам человека в целом. Не существует практически ни одного решения по спорному вопросу, касающемуся значения и сферы действия гарантируемой конституционно-правовой нормой защиты, которое бы не прибегало к обширному и систематизированному сборнику дел, критериев и методов толкования, имеющемуся в распоряжении благодаря Европейской конвенции по правам человека, ратифицированным Испанией протоколам и судебной практике Европейского суда по правам человека. В общем и целом, учитывается судебная практика Страсбургского суда для подтверждения решений, найденных на основании толкования наших собственных конституционно-правовых норм, но нередко также привлекаются и европейские или международные стандарты с тем, чтобы обосновать более высокий уровень защиты, чем уровень, предусматриваемый нашими нормами конституционного права. И, естественно, в рамках судебной практики испанского Конституционного суда особое внимание уделяется всем тем решениям, которые признают Испанию виновной в нарушении какого-либо закрепленного в Конвенции права. Не выходя за пределы европейских рамок, испанская конституционная юрисдикция использовала также и другие международные, составленные под эгидой Совета Европы договоры, в частности, Конвенцию о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных от 1981 года.

На втором месте в этой связи следует подчеркнуть применение различных международных инструментов защиты прав человека универсального характера. Помимо Всеобщей декларации прав человека, прямо указанной в статье 10.2 испанской Конституции, часто использовались подписанные в 1966 году международные соглашения, а также различные другие конвенции, принятые в рамках ООН (Конвенция о правах ребенка, Конвенция о правах инвалидов, Конвенция против пыток и т. д.). Кроме того, очень часто применяются конвенции и рекомендации Международной организации труда.

В-третьих, следует заметить, что Конституционный суд Испании уже в более чем десятке дел учел Хартию об основных правах Европейского Союза и сослался на нее в целях толкования даже еще до ее торжественного провозглашения институтами Европейского Союза в Ницце в декабре 2000 года (конкретно в решении 292/2000 от 30 ноября 2000 года, в связи с защитой персональных данных), вследствие чего Конституционный суд Испании стал первым высшим судебным органом или

конституционным судом государства – члена ЕС, который сослался на Хартию. В последние годы мы наблюдаем, что все более часто цитируются решения Суда Европейского Союза, касающиеся интерпретации значения и сферы действия признанных Европейским Союзом основных прав и свобод. Особое значение в этой связи придавалось разработанным критериям толкования в области дискриминации по признаку пола или сексуальной ориентации, которые были выведены из вторичного права ЕС, равно как и из судебной практики в Люксембурге. В 2011 году Конституционный суд Испании направил свой первый преюдициальный запрос в Суд ЕС, по которому было вынесено постановление в феврале 2013 года (дело «Меллони») и который *ad extra* повлек за собой адаптацию содержания основного права для судебного процесса со всеми процессуальными гарантиями, связанными с Европейским ордером на арест.

Высокая степень открытости по отношению к нормам международного права в области прав человека, возможность которой предоставляет вышеуказанная статья 10.2 испанской Конституции, объясняет сравнительно малую потребность Конституционного суда Испании в том, чтобы обращаться к сравнительному правоведению или же сравнительному анализу судебной практики других конституционных судов. Действительно, в судебной практике Конституционного суда Испании ссылки на сравнительное правоведение или сравнительный анализ судебной практики зарубежных национальных судов являются, скорее, редкостью. И если все же привлекались решения других судов, то это были, главным образом, решения Федерального конституционного суда Германии и, в меньшей степени, Конституционного суда Италии. Любопытно, что в последние месяцы, к моменту, когда подготовка письменной документации для этого Конгресса уже была завершена, были впервые сделаны ссылки и на неевропейские суды, а именно на решение Верховного суда США в связи со взятием пробы ДНК у задержанного лица, а также на заключение Верховного суда Канады касательно народного голосования в Квебеке. Однако еще ни разу не упоминались решения из многочисленных государств Латинской Америки, с которыми нас объединяет один язык.

Gilbert KOLLY
Président du Tribunal fédéral suisse

Cour Européenne des Droits de l'Homme et Tribunal fédéral suisse

La Constitution fédérale suisse précise que ni le Tribunal fédéral - autorité judiciaire suprême en matière constitutionnelle, civile, pénale et administrative - ni aucune autre autorité ne peuvent refuser d'appliquer le droit international. Cette règle constitutionnelle s'applique en particulier à la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Nombre d'arrêts rendus par le Tribunal fédéral font dès lors largement référence à la CEDH et à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CourEDH) et tentent de s'y conformer. L'influence de la jurisprudence de la CourEDH sur celle du Tribunal fédéral suisse est manifeste et importante.

La loi suisse prévoit en outre que lorsque la CourEDH, dans un cas particulier, a constaté une violation de la CEDH ou de ses protocoles, la révision de l'arrêt de la dernière instance nationale peut être demandée si cela est nécessaire pour remédier aux effets de la violation. Dans ces cas, à la demande de l'intéressé ayant obtenu gain de cause devant la CourEDH, l'arrêt de la dernière instance nationale est annulé et la procédure nationale reprise. A cet égard, le Tribunal fédéral a expressément relevé qu'il devait admettre une demande de révision même lorsqu'il n'était pas convaincu du bien-fondé de l'arrêt de la CourEDH (cf. ATF 137 I 86 c. 7.3.4).

Cette soumission sans réserve à la jurisprudence de la CourEDH est-elle acquise une fois pour toutes? La question se pose.

Certains arrêts rendus récemment à Strasbourg n'ont pas recueilli un assentiment unanime dans le pays. Dans une décision qui vient d'être publiée au Recueil officiel, le Tribunal fédéral critique ouvertement un arrêt de la CourEDH, ce qui est nouveau; il relève expressément que la portée de cet arrêt "ne peut qu'être fortement relativisée" au motif qu'il est fondé presque exclusivement sur des faits postérieurs à la décision de la dernière instance nationale (ATF 139 I 325).

Un autre aspect récent est l'admission, par le peuple, d'initiatives populaires modifiant la Constitution dans un sens qui n'est pas sans autre compatible avec la CEDH telle qu'interprétée par la CourEDH. Or, la Constitution fait obligation au Tribunal fédéral d'appliquer tant le droit national que le droit international, sans toutefois donner de préférence à l'un ou à l'autre en cas de divergence insurmontable. Le Tribunal fédéral a rendu une jurisprudence abondante sur la question. Dans toute la mesure du possible, il cherche une interprétation du droit national compatible avec le droit international.

Lorsque cela n'est définitivement pas possible, il admet que le droit international, en principe, l'emporte sur le droit interne, fût-il postérieur, spécialement lorsque la norme internationale a pour objet la protection des droits de l'homme (ATF 136 II 241 c. 16.1). Toutefois, selon une jurisprudence de 1973, connue sous le nom de "Schubert-Praxis", le Tribunal fédéral est lié par un acte législatif national adopté par le législateur en pleine connaissance du fait que cet acte interne est en contradiction avec le droit international. Dans un arrêt récent lié à une disposition constitutionnelle votée par le peuple, une section du Tribunal fédéral, dans un obiter dictum, a mis en cause la "Schubert-Praxis" (ATF 139 I 16 c. 5); cela a suscité de gros remous. La question n'est pas définitivement tranchée.

Gilbert KOLLY
President of the Swiss Federal Supreme Court

The European Court of Human Rights and the Swiss Federal Supreme Court

According to the Federal Constitution of the Swiss Confederation, neither the Federal Supreme Court – as the highest judicial authority in matters of constitutional, civil, penal and administrative law – nor any other authority can refuse to apply international law. This constitutional provision applies, in particular, to the European Convention on Human Rights (ECHR). Numerous decisions taken by the Federal Supreme Court therefore extensively refer to and take guidance from the ECHR and the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR). The important influence of the case law of the ECtHR on that of the Federal Supreme Court is clearly visible.

Moreover, if the ECtHR holds that the ECHR or any of its Protocols has been violated in a specific case, Swiss law provides for a review of the decision taken by the highest national court to remedy the effects of the violation. In such case, the decision by the highest national court is annulled upon the demand of the party having won the case before the ECtHR, and proceedings have to be resumed at the national level. In this context, the Federal Supreme Court explicitly stated that it has to admit a petition for review, even if it is not convinced that the ECtHR ruling is well-founded (see Federal Supreme Court decision 137 I 86 c. 7.3.4).

Is this to be understood as an unconditional acceptance of the case law of the ECtHR once and for all? A justified question!

Some of the recent rulings of the Strasbourg court have not met with unanimous approval in our country. In a decision published only recently in the Official Journal, the Federal Supreme Court openly criticises a ruling by the ECtHR – which is something quite new. It notes explicitly that the scope of the ruling “needs to be put in perspective”, as it is based almost entirely on facts dating from the time after the decision by the highest national court (Federal Supreme Court decision 139 I 325).

Another very recent aspect is the acceptance by the citizens of popular initiatives aimed at amending the Constitution in a way that is not always compatible with the ECHR as interpreted by the ECtHR. As a matter of fact, the Constitution obliges the Federal Supreme Court to apply both national and international law, without giving preference to one or the other in the event of an unsurmountable divergence. The Federal Supreme Court has produced a large body of case law on this issue. To the greatest extent possible, it aims at interpreting national law in a manner that is compatible with

international law. If this proves to be impossible, the Court accepts the primacy of international law over national law, even if the provision of international law in question is of a more recent date, especially when it relates to the protection of human rights (Federal Supreme Court decision 136 II 241 c. 16.1). However, according to a decision from 1973, which has become known as “Schubert practice”, the Federal Supreme Court is bound by a national legal act adopted by the legislator being fully aware of the fact that it is in conflict with international law. In a recent decision taken in the context of a constitutional provision voted on by the citizens, a department of the Federal Supreme Court, in an obiter dictum, put the established “Schubert practice” (Federal Supreme Court decision 139 I 16 c.5) into question, which caused considerable uproar. The issue has not yet been finally resolved.

Gilbert KOLLY
Präsident des Schweizerischen Bundesgerichts

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte und Schweizerisches Bundesgericht

Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft hält fest, dass sich weder das Bundesgericht – die höchste richterliche Instanz im Bereich des Verfassungsrechts, des Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts – noch irgend eine andere Behörde weigern können, das Völkerrecht anzuwenden. Diese Verfassungsbestimmung gilt insbesondere für die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Daraus hat sich ergeben, dass sich zahlreiche Entscheide des Bundesgerichts ausführlich auf die EMRK und auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) beziehen und sich daran orientieren. Der Einfluss der Judikatur des EGMR auf jene des Schweizerischen Bundesgerichts ist unübersehbar und bedeutend.

Sollte der EGMR in einem speziellen Fall eine Verletzung der EMRK bzw. ihrer Protokolle feststellen, ist es in der Schweiz auch gesetzlich vorgesehen, dass eine Revision des Urteils der höchsten nationalen Instanz beantragt werden kann, wenn dies für die Beseitigung der Folgen der Verletzung notwendig ist. In solchen Fällen wird über Antrag des Betroffenen, der vom EGMR Recht bekommen hat, das letztinstanzliche nationale Urteil aufgehoben und das innerstaatliche Verfahren wieder aufgenommen. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, dass es auch dann einen Revisionsantrag zulassen müsse, wenn es von der Begründetheit des EGMR-Urteils nicht überzeugt ist (s. BGE 137 I 86 E. 7.3.4).

Ist diese vorbehaltlose Unterordnung unter die Judikatur des EGMR ein für alle Mal festgeschrieben? Die Frage ist berechtigt.

Einige in jüngster Zeit in Strassburg ergangene Urteile sind in unserem Land nicht auf einhellige Zustimmung gestoßen. In einem erst kürzlich in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheid kritisiert das Bundesgericht offen ein Urteil des EGMR, was etwas Neues ist; es stellt ausdrücklich fest, dass die Tragweite dieses Urteil „stark relativiert werden muss“, da es sich fast ausschließlich auf Sachverhalte stützt, die aus der Zeit nach dem Entscheid der letzten innerstaatlichen Instanz stammen (BGE 139 I 325).

Ein weiterer Aspekt aus jüngster Zeit ist die Zustimmung der Bürger zu Volksentscheiden, welche die Verfassung in einem Sinne abändern, der nicht unbedingt mit der EMRK vereinbar ist, so wie diese vom EGMR interpretiert wird. Nun verpflichtet aber die Verfassung das Bundesgericht, sowohl das nationale Recht als auch das Völkerrecht

anzuwenden, wobei jedoch im Falle einer unüberwindlichen Divergenz keinem der Vorzug eingeräumt wird. Es gibt zu dieser Frage zahlreiche Entscheide des Bundesgerichts. Nach Maßgabe des Möglichen bemüht es sich um eine Auslegung des innerstaatlichen Rechts, die mit dem Völkerrecht vereinbar ist. Wenn das definitiv nicht möglich ist, geht es grundsätzlich davon aus, dass die Völkerrechtsbestimmung gegenüber dem nationalen Recht auch dann Vorrang hat, wenn sie erst nach diesem verabschiedet wurde, speziell wenn die Völkerrechtsbestimmung den Schutz der Menschenrechte zum Gegenstand hat (BGE 136 II 241 E. 16.1). Dennoch ist das Bundesgericht einem Urteil aus dem Jahr 1973 zufolge, das unter der Bezeichnung "Schubert-Praxis" bekannt ist, durch ein nationales Gesetz gebunden, sofern dieses vom Gesetzgeber im vollen Bewusstsein des Umstandes verabschiedet wurde, dass es im Widerspruch zum Völkerrecht steht. In einem Urteil aus jüngerer Zeit im Zusammenhang mit einer vom Volk verabschiedeten Verfassungsbestimmung hat eine Abteilung des Bundesgerichts in einem obiter dictum die "Schubert-Praxis" in Frage gestellt (BGE 139 I 16 E. 5), was einen großen Wirbel ausgelöst hat. Die Frage ist noch nicht endgültig geklärt.

Гильберт КОЛЛИ
Председатель Федерального суда Швейцарии

Европейский суд по правам человека и Федеральный суд Швейцарии

В Федеральной конституции Швейцарской Конфедерации закреплено, что ни Федеральный суд – высшая судебная инстанция в области конституционного, гражданского, уголовного и административного права – ни какое-либо иное ведомство не могут отказать в применении международного права. Данное положение Конституции касается, в частности, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ). Это стало причиной того, что многие решения Федерального суда содержат подробные ссылки на ЕКПЧ и судебную практику Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) и ориентируются на них. Влияние судебной практики ЕСПЧ на практику Федерального суда Швейцарии огромно и значительно.

Если ЕСПЧ в определенном деле установит нарушение ЕКПЧ или протоколов к ней, то в Швейцарии законом предусмотрена возможность пересмотра решения высшей национальной инстанции, если это необходимо для устранения последствий нарушения. В таких случаях решение в последней национальной инстанции отменяется по ходатайству заинтересованного лица, которое выиграло дело в ЕСПЧ, и вновь возобновляется национальный процесс. В этой связи Федеральный суд четко констатировал, что он обязан допустить ходатайство о пересмотре и в том случае, если он не убежден в обоснованности решения ЕКПЧ (см. решение BGE 137 I 86 E. 7.3.4).

Прописано ли это безоговорочное подчинение судебной практике ЕСПЧ раз и навсегда? Вопрос весьма оправдан.

Некоторые вынесенные в последнее время в Страсбурге решения не вызвали в нашей стране единодушного согласия. В своем решении, опубликованном в ведомственном сборнике лишь недавно, Федеральный суд открыто критикует решение ЕСПЧ, что представляет собой нечто новое; он четко констатирует, что значение этого решения «должно быть сильно релятивировано», так как оно опирается практически только на обстоятельства дела, которые имели место в период после вынесения решения последней национальной инстанцией (решение BGE 139 I 325).

Следующим аспектом из недавнего периода является согласие граждан на проведение всенародного голосования, которое вносит в Конституцию такие

изменения, которые не всегда совместимы с ЕКПЧ в толковании ЕСПЧ. Ныне, однако, Конституция обязывает Федеральный суд применять как национальное законодательство, так и международное право, причем в случае непреодолимого расхождения приоритет не предоставляется ни одному из них. Многие решения Федерального суда посвящены этому вопросу. В пределах возможного он прилагает усилия к толкованию национального права, совместимому с международным правом. Если же это определено невозможно, то он исходит, в принципе, из того, что норма международного права имеет приоритет над национальным законодательством и в том случае, если она была принята после нормы национального права, в особенности тогда, когда предметом нормы международного права является защита прав человека (решение BGE 136 II 241 E. 16.1). Тем не менее Федеральный суд, согласно решению от 1973 года, известному под названием «практика Шуберта», связан национальным законом, если он был издан законодателем в полном понимании того, что он находится в противоречии с международным правом. В одном из недавних решений, вынесенном в связи с принятым народом положением Конституции, один из отделов Федерального суда в своей правовой позиции «между прочим» (*obiter dictum*) поставил под сомнение «практику Шуберта» (решение BGE 139 I 16 E. 5), что вызвало большой переполох. Данный вопрос еще до сих пор до конца не выяснен.