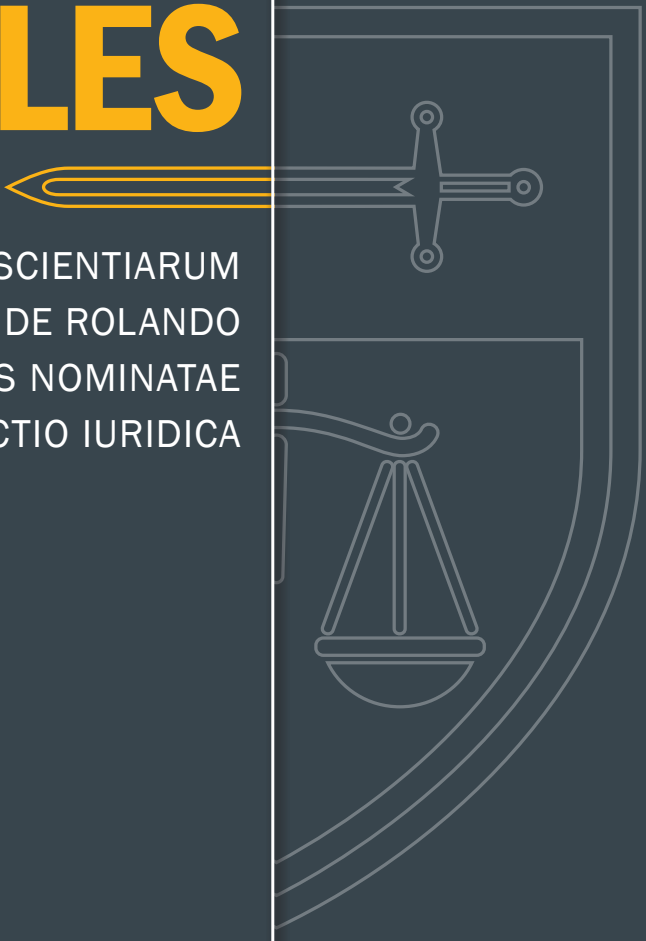
ELTE | LAW

ANNALES

UNIVERSITATIS SCIENTIARUM
BUDAPESTINENSIS DE ROLANDO
EÖTVÖS NOMINATAE
SECTIO IURIDICA



2022
BUDAPEST

ANNALES

UNIVERSITATIS SCIENTIARUM BUDAPESTINENSIS
DE ROLANDO EÖTVÖS NOMINATAE

SECTIO IURIDICA

TOMUS LXI.

ELTE | LAW

Budapest, 2022

National Research, Development and Innovation Office Hungary
PROJECT FINANCED FROM THE NRDI FUND
Mecenatúra

Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae
Established in 1959

Editor-in-Chief: Gábor Kajtár

Deputy Editors: Éva Lukács Gellérné, Tibor Mándi

Advisory Board: Martin Ahrens (Georg-August-Universität Göttingen) • Krisztina Arató (Eötvös Loránd University) • Hugh Beale (University of Warwick) • Zoltán Csehi (judge, Court of Justice of the European Union) • Gábor Hamza (Eötvös Loránd University) • Péter Kovács (judge, International Criminal Court) • Gérard Legier (Université Paul Cézanne Aix-Marseille III) • Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) • Péter Paczolay (judge, European Court of Human Rights) • László Trócsányi (Károli Gáspár University) • István Varga (Eötvös Loránd University) • Lajos Vékás (Eötvös Loránd University) • Andreas Voßkuhle (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg) • Stephan Wittich (University of Vienna)

Contact: annales@ajk.elte.hu
Eötvös Loránd University, Faculty of Law
H-1053 Budapest, Egyetem tér 1–3. www.ajk.elte.hu/annales

All rights reserved. Material on these pages is copyright of Eötvös University Press or reproduced with permission from other copyright owners. It may be used for personal reference, but not otherwise copied, altered in any way or transmitted to others (unless explicitly stated otherwise) without the written permission of Eötvös University Press.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi

ISSN 0524-899X (Print)
ISSN 2939-6263 (Online)

EÖTVÖS UNIVERSITY PRESS

EÖTVÖS LORÁND UNIVERSITY | BUDAPEST

Editorial work: Eötvös University Press
H-1088 Budapest, Múzeum krt. 4.
Executive Publisher: the Executive Director of Eötvös University Press
Layout: Andrea Balázs
Cover: Ildikó Kmotrik
Printed by: Multiszolg Ltd

Contents

Preface to the Issue of the Annales 5

Martin, Eric
Les racines philosophiques de la notion d'Etat de droit 7

Weber, Ferdinand
Rechtsstaatlichkeit als Unionswert und die Legitimation ihres Schutzes 25

Somssich, Réka
La méthamorphose des procédures d'infractions 37

Pol, Eve
Le principe de l'identité constitutionnelle et la remise en question de la déférence au droit de l'Union 55

Gass, István
Réflexions sur l'État de droit du point de vue du droit privé : la liberté contractuelle 61

Chacornac, Jérôme
La « compliance » : conquête ou aveu de faiblesse de l'État de droit? 69

Szabados, Tamás
L'État de droit dans une dimension multiétatique : L'État de droit et le droit international privé 81

Timár, Kinga
Schiedsgerichtsbarkeit im ungarischen Verfassungssystem 95

Broyelle, Camille
Droit de l'Union européenne et constitutions nationales 107

Gárdos-Orosz, Fruzsina
Particularités constitutionnelles et le rôle de la Cour constitutionnelle – la notion de la constitution historique et son interprétation en Hongrie 113

Lipp, Volker, Ryšánková, Irena and Schlüter, Sophie
The Right to Die and 'Euthanasia' – Comparative Remarks on the Current Debate 131

Gellérné Lukács, Éva
Gesundheitsversorgung für geflüchtete ukrainische Bürger in Ungarn im Lichte des EU-Rechts 149

Hoffman, István
Schutz der Kommunalautonomie durch Normenkontrollverfahren 163

Mann, Thomas
Abbau des Rechtsschutzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren? 175

F. Rozsnyai, Krisztina
Verwaltungsvereinfachung oder Aushöhlung des Rechts auf gute Verwaltung im Namen des Bürokratieabbaus? 185

Le Monnier de Gouville, Pauline
Présomption d'innocence et État de droit 203

Mohácsi, Barbara
Das Rechtsmittelsystem im ungarischen Strafverfahren 225

Darák, Péter
Akribie und Qualität des Rechts 237

F. Rozsnyai, Krisztina*

Preface to the Issue of the Annales

In 2002, the Faculties of Law of the Georg-August University of Göttingen and ELTE Budapest decided to establish the "Deutsche Rechtsschule", which since then has allowed numerous ELTE students to study the basics of German law with German professors and to become acquainted with the German way of legal thinking here in Budapest. Many of them have also been able to obtain a subsequent LL.M. degree in Göttingen. Over the past two decades, cooperation between the two Faculties has expanded considerably. One of its fruits is the biennial series of conferences, a much-appreciated form of interaction between our faculties. In these conferences, we analyse legal institutions and concepts from different perspectives that cut across all areas of law. The results of these workshops can be found in several previous issues of the *Annales,* and in volumes published in Göttingen. This issue contains the papers based on the presentations at this year's conference, for which we have chosen the omnipresent topic of "Wandel des Rechtsstaats", partly due to the turbulences we have witnessed in Europe and globally since the last conference early in 2020.

Having chosen the theme for the conference, we decided to launch an incentive to deepen our cooperation with the Université Panthéon-Assas, Paris, and to invite our esteemed French colleagues to the conference as well. It was also in 2002 that we started a similar cooperation with the Faculty of Law of Panthéon-Assas, thanks to the great efforts of the late Professor Attila Harmathy and Professor Márta Dezső. In 2006, this cooperation even developed into a Master program (Maîtrise 1) in "Droit Comparé/ Droit Hongrois", attracting many students from ELTE. Not a few of them also went to Paris after graduating in Budapest to continue their studies in a "Maîtrise2" cycle in Paris.

The conference, with a first part in French and a second part in German, was organised in May 2022 with the generous support of the National Agency for Research, Development and Innovation under the Mecenatúra programme.[1] I am positive that the papers will, to some extent, convey to our readers the wonderfully lively and exciting atmosphere of the days we spent together reflecting on the changes in the concept of the rule of law.

---

* F. Rozsnyai, Krisztina, Prof. dr., head of the organising committee, vice dean for international relations of the Faculty of Law, ELTE Budapest.

[1] The papers of the third section, which was held in English, can be found in issue 2023/1 of *ELTE Law Journal,* the Faculty's other international journal.

Martin, Eric*

Les racines philosophiques de la notion d'Etat de droit

Abstract

This contribution deals with the philosophic roots of the concept of rule of law in English, French and German legal systems. Whereas the formal and substantial conception of the rule of law appears to derive mainly from Locke's and Kant's works, the strictly formal conception of the rule of law arose later, among German lawyers. The opposition between the two conceptions reflects the more general opposition between philosophical idealism and natural law on one hand, legal positivism on the other hand. In Kant's thought, the formal and substantial conception of the rule of law conveys, more precisely, the philosophical ideal of a State according to the pure principles of right: the empirical States are due to aim at such an ideal. Kant may be therefore regarded, more than any other philosopher, as the real founder of this conception of the rule of law. On the contrary, the strictly formal conception of the rule of law claims an axiological neutrality and an independence of the legal theory from the philosophy of law.

Keywords: rule of law, philosophy of law, legal theory, idealism, natural law, legal positivism, Locke, Kant, Kelsen

Introduction

Deux questions se posent préalablement à toute discussion sur les changements de l'Etat de droit. Tout d'abord, comment l'Etat de droit se définit-il ? Ensuite, est-ce la notion d'Etat de droit elle-même qui est affectée de changements ou bien, plus superficiellement, le régime juridique d'une notion en soi immuable ? La démarche naturelle des juristes est de partir d'une notion qui leur semble faire « consensus », pour en étudier le régime juridique et en développer les implications possibles en droit. Malheureusement, une telle démarche est en l'occurrence sujette à caution. Le contenu annoncé des différentes interventions, françaises comme allemandes, relatives au thème général du symposium, donne en effet l'impression que l'équivoque plane sur la notion même d'Etat de droit. Cela n'est guère étonnant, car les juristes ont eu tendance à l'instrumentaliser, en en exploitant la malléabilité.

* Martin, Eric, Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.1.7

I. Apparition de la notion d'Etat de droit

Une première ébauche de la notion d'Etat de droit peut être découverte dans la philosophie antique. Elle désigne une cité où la puissance politique est soumise à des règles et où, par conséquent, le droit ne se confond pas avec la force. Ainsi Héraclite d'Ephèse insistait-il déjà sur cette idée que la loi doit être défendue, parce qu'elle protège de l'arbitraire du pouvoir, en se servant d'une image : « Il faut que le peuple combatte pour la loi – celle établie – comme pour les remparts ».[1] « L'obscur », comme on le surnommait dans l'Antiquité,[2] entendait signifier par là que, s'il veut survivre, ne pas être écrasé, le peuple doit combattre pour la loi, en la défendant contre ses ennemis ; ennemis soit du dehors, qui voudraient réduire la cité à la servitude, par exemple les perses de Darius, soit de l'intérieur : les tyrans se plaçant au-dessus des lois pour leur substituer leurs décrets arbitraires, démagogues et qui voudraient que le peuple adoptât d'autres lois que celles authentifiées par la tradition, des lois subvertissant les coutumes.[3] Platon, à son tour, écrira que les gouvernants, autres que le politique idéal qui ne se rencontre pas chez les hommes, doivent se faire « les serviteurs » des lois écrites et ne jamais les enfreindre, si toutefois ce sont des lois justes, prises dans l'intérêt commun de l'ensemble de la cité.[4] Selon Aristote, enfin, l'Etat n'étant qu'une association d'êtres égaux et la loi procurant cette égalité, la loi doit être souveraine et les gouvernants doivent en être les serviteurs et les gardiens.[5] Mais, si toutes ces apologies de la loi préfigurent le concept d'Etat de droit, elles sont loin d'en avoir la précision technique que les auteurs modernes s'efforceront de lui donner.

L'expression d'Etat de droit *(Rechtsstaat)* ne s'est répandue qu'au dix-neuvième siècle, dans la doctrine juridique allemande.[6] Mais sa diffusion avait débuté avant que l'élaboration de la notion ne soit achevée.[7] Aussi a-t-elle immédiatement pâti de son

[1] H. Diels et W. Kranz, *Die Fragmente der Vorsokratiker,* 6ème éd., vol. 1, (Weidmannsche, Berlin, 1960) B 44 ; D. Laërce, *Vies et doctrines des philosophes illustres,* trad. M.-O Goulet-Cazé (dir.), Le Livre de poche, IX, 3 : μάχεσθαι χρὴ τὸν δῆμον ὑπὲρ τοῦ νόμου ὑπὲρ τοῦ γινομένου ὅκωσπερ τείχεος ; Héraclite, *Fragments (citations et témoignages),* prés., trad. et notes J.-F. Pradeau, 2ème éd., (Garnier-Flammarion, 2004) n° 136.

[2] Diels et Kranz, *Die Fragmente der Vorsokratiker,* A 1a, 3a.

[3] M. Conche, *Héraclite : Fragments,* 5ème éd., (PUF, coll. Epiméthée, 2011) 223.

[4] Platon, *Les lois,* texte et trad. E. Des Places et A. Diès, (Les Belles Lettres, 1951, retirage 2003) IV, 715 b-d ; trad. L. Brisson et J.-F. Pradeau, Garnier-Flammarion, 2006. *Cf.* A. J. Merkel, Idee und Gestalt des Rechtsstaat, in *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag,* (Franz Deuticke, Wien, 1971) 126–140., 131 ; C.-M. Herrera, Quelques remarques à propos de la notion d'Etat de droit, in *L'homme et la société,* n° 113, *Figures actuelles du capitalisme,* (L'Harmattan, 1994) 89–103., 93., https://doi.org/10.3406/homso.1994.2754

[5] Aristote, *Politique,* texte et trad. J. Aubonnet, (Les Belles Lettres, 1971, retirage 2002) livre III, 1287 a ; trad. P. Pellegrin, Garnier-Flammarion, 2015 ; Merkel, Idee und Gestalt des Rechtsstaat, 126–140.

[6] L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* thèse, (Dalloz, 2002) n° 28 et suiv.

[7] O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht,* (Duncker und Humblot, Leipzig, 1895) t. 1, 61., cité par Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 89.

ambivalence et de son ambiguïté.[8] Deux conceptions différentes de l'Etat de droit n'ont en effet pas tardé à s'affronter : l'une formelle et matérielle, l'autre exclusivement formelle.[9] Selon la conception formelle et matérielle, apparentée à la *rule of law* anglo-saxonne, l'Etat de droit est un Etat dont l'organisation juridique est ordonnée à une fin qui la transcende, la sauvegarde de la liberté et de droits subjectifs individuels. D'après la conception formelle, en revanche, l'Etat de droit se caractérise uniquement par un ordre juridique, un règne du droit qui l'oppose à celui de l'arbitraire, quelle que fin que cet ordre poursuive. Bien que la conception formelle soit apparue postérieurement à la conception formelle et matérielle, elle ne l'a pas supplantée. L'une et l'autre coexistent aujourd'hui dans la pensée juridique, si bien qu'on peut parler à juste titre d'une polysémie de la notion d'Etat de droit. John Locke[10] et Emmanuel Kant[11] sont les principales sources philosophiques de la conception formelle et matérielle de l'Etat de droit. Ce sont, en revanche, des juristes allemands du dix-neuvième siècle qui ont théorisé la conception exclusivement formelle de l'Etat de droit.

II. Les deux conceptions antagonistes de l'Etat de droit

D'après Locke, tout d'abord, la République, l'Etat *(commonwealth)* résulte d'un contrat, par lequel chaque individu convient avec les autres de vivre dans une communauté

[8] Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht,* 61 ; Herrera, Quelques remarques à propos de la notion d'Etat de droit, 90 ; Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 38 et suiv., n° 67 et suiv., n° 89 ; J. Chevallier, *L'Etat de droit,* 6ème éd., (LGDJ, Lextenso, 2017) 13 et suiv. ; M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat,* (PUF, coll. Léviathan, 2001) 267 et suiv. ; J. Rivero, L'Etat moderne peut-il encore être un Etat de droit ?, (1957) *Annales de la faculté de droit de Liège,* 65–101., 98.

[9] Telle est la terminologie que retiennent notamment E.-W. Böckenförde [Entstehung und Wandel der Rechtsstaatsbegriff, in *Recht, Staat, Freiheit, Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte,* 2ème éd., (Suhrkamp, Frankfurt, 1992) 143–169 ; trad. O. Jouanjan sous le titre Naissance et développement de la notion d'Etat de droit, in E.-W. Böckenförde, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique,* trad. O. Jouanjan, W. Zimmer et O. Beaud, (Bruylant et LGDJ, Bruxelles et Paris, 2000) 127–147., 130–132.] et Heuschling *(Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law).* L'un et l'autre parlent d'un concept initialement formel et matériel du *Rechtsstaat,* érigeant la liberté en fin suprême de l'Etat, et de son évolution ultérieure vers un concept formel, réduit à l'exigence du respect de la simple légalité. Effectivement, comme Böckenförde l'a montré, l'inspiration kantienne du concept initial de *Rechtsstaat* interdit de le qualifier de matériel exclusivement *(cf. infra).*

[10] Herrera, Quelques remarques à propos de la notion d'Etat de droit, 91 ; D. von der Pfordten, Zur Frage des Rechtsstaatsprinzips bei Kant mit einem Ausblick auf die Neukantianer, in C. Bouriau et J. Sohnle (dir.), *La dimension kantienne de l'Etat de droit (approches juridiques et philosophiques),* (Presses Universitaires de Nancy – Editions universitaires de Lorraine, 2020) 19–32., 22.

[11] Merkel, Idee und Gestalt des Rechtsstaat, 132 ; Böckenförde, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique,* 130–131 ; J.-F. Kervégan, L'État de droit dans l'idéalisme allemand : Kant, Fichte, Hegel, in O. Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne,* (Presses universitaires de Strasbourg, 2001) 101–123., not. 114–116 ; von der Pfordten, Zur Frage des Rechtsstaatsprinzips bei Kant mit einem Ausblick auf die Neukantianer, 23–26.

où il vivra en paix et jouira de sa propriété en sécurité.[12] Ce contrat social supposant l'unanimité, la communauté constitue dès lors un corps unique, auquel la volonté et la détermination de la majorité seulement, donne la puissance d'agir comme tel ;[13] et ainsi chaque membre de la communauté s'oblige-t-il à se soumettre à la résolution de la majorité et à être gouverné par elle,[14] en abandonnant tout le pouvoir nécessaire aux fins pour lesquels tous se sont unis en société.[15] Pour autant, l'Etat est susceptible d'emprunter différentes formes de gouvernement, selon que la majorité légifère elle-même ou bien qu'elle investisse soit quelques personnes, soit un roi du pouvoir de légiférer.[16] Ainsi l'Etat peut-il indifféremment consister en une « parfaite démocratie », une oligarchie ou une monarchie, héréditaire ou élective.[17]

Le but de la société civile est donc la préservation de la « propriété »,[18] très incertaine et absolument non sécurisée en l'état de nature.[19] Toutefois le terme « propriété » s'entend largement chez Locke, puisqu'il désigne non seulement la propriété des biens *(estate),* mais encore la vie et les libertés.[20] L'état de nature est certes gouverné par la loi de nature, obligeant chacun de nous ;[21] la raison, qui est cette loi, nous enseigne qu'étant tous égaux et indépendants, nul ne doit nuire à la vie, la santé ou aux possessions d'autrui.[22] Mais la société civile a vocation à remédier à trois insuffisances de l'Etat de nature, qui expliquent l'aspiration des hommes à le quitter pour vivre dans une société civile, sous l'autorité d'un gouvernement : tout d'abord, l'absence de loi constante, connue et établie d'un commun accord, posant le critère ce qui est correct et incorrect, ainsi que la commune mesure permettant de décider de toutes les controverses à leur sujet ;[23] ensuite, l'absence d'un juge reconnu comme impartial, ayant autorité pour trancher tous les litiges conformément à cette loi ;[24] enfin, l'absence d'un pouvoir pour appuyer *(back)* et soutenir *(support)* le jugement, lorsqu'il est conforme au droit, et le faire exécuter.[25]

[12] J. Locke, *Second Treatise of Government,* www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm (consulté le : 30.12.2022) ; Everyman's library, 1924, réimpr. 1986, chap. VIII, § 95–96.
[13] Ibid., chap. VIII, § 96.
[14] Ibid., chap. VIII, § 97.
[15] Ibid., chap. VIII, § 99.
[16] Ibid., chap. X, § 132–133.
[17] Ibid., chap. X, § 132–133.
[18] Ibid., chap. IX, § 124.
[19] Ibid., chap. IX, § 123–124.
[20] Ibid., chap. IX, § 123.
[21] Ibid., chap. II, § 6.
[22] Ibid., chap. II, § 6.
[23] Ibid., chap. IX, § 124.
[24] Ibid., chap. IX, § 125.
[25] Ibid., chap. IX, § 126.

Or, soutient Locke, ce but de préservation de la propriété au sens large, ne peut être atteint que par l'institution d'un pouvoir législatif comme suprême autorité.[26] Cependant, ce pouvoir législatif n'est pas arbitraire :[27] le gouvernement doit légiférer par des lois constantes, égales pour tous et édictées pour le bien de tous,[28] ordonnées aux fins de la société civile et investir des juges reconnus pour départager les citoyens quant à leurs droits respectifs.[29] Ce n'est en effet qu'à ces conditions que les citoyens sont convenus de renoncer à la liberté de se gouverner eux-mêmes dans l'Etat de nature, pour se placer sous l'autorité d'un gouvernement dans une société civile. Ainsi la loi universelle de nature borne-t-elle la puissance législative.[30] Le pouvoir exécutif, quant à lui, doit être séparé du pouvoir législatif, car si celui qui édicte la loi était celui-là même qui la fait exécuter, on pourrait craindre qu'il ne s'exempte de son application.[31] La tyrannie, enfin, est un exercice du pouvoir au-delà du droit, non dans l'intérêt de tous, mais dans l'intérêt du détenteur du pouvoir, lequel ne fait pas de la loi, mais de sa volonté, la règle.[32] Les composantes essentielles de la *rule of law* se trouvent déjà dans la philosophie politique de Locke, bien que l'expression n'y figure qu'en filigrane.[33]

Pas plus que Locke l'expression *rule of law,* Kant n'emploie explicitement l'expression *Rechtsstaat.*[34] Mais il a été considéré à juste titre, plus encore que le philosophe anglais, comme le précurseur du concept moderne d'Etat de droit. Pour Kant,[35] en effet, l'Etat en général, c'est-à-dire l'Etat idéal, doit être conçu selon les purs principes du droit. Cette idée d'Etat sert de directive à toute assemblée réelle visant à former un Etat. Dans l'Etat de droit kantien, les trois pouvoirs, législatif, exécutif

[26] Ibid., chap. X, § 132 ; chap. XI, § 134–136.
[27] Ibid., chap. XI, § 137.
[28] Ibid., chap. XI, § 142.
[29] Ibid., chap. XI, § 135–136.
[30] Ibid., chap. XI, § 135 et § 142.
[31] Ibid., chap. XII, § 143–144.
[32] Ibid., chap. XVIII, § 199.
[33] Ibid., chap. VIII, § 99 : le contrat social donne seul naissance à un *lawful government ;* chap. XVIII, § 199 : « tyranny is [...] When the governor, however entitled, makes not the *law,* but his will, *the rule [...]* ». A contrario, le gouvernement prôné par Locke est donc celui où prévaut *the rule of law ;* Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 13.
[34] Kant intitule bien *Das Staatsrecht* une section de la seconde partie de sa *Doctrine du droit* consacrée au droit public. Mais la notion de *Staatsrecht* (« droit de l'Etat », en d'autres termes droit politique), ne doit évidemment pas être confondue avec celle de *Rechtsstaat.* Kant utilise aussi l'expression *rechtlicher Zustand* (état juridique), par opposition à *natürlicher Zustand* (état naturel) : *cf. infra :* texte. Mais *Zustand* signifie l'état au sens d'une situation, et non l'Etat au sens d'une communauté politique organisée. Il ne faut donc pas confondre *Rechtlicher Zustand* et *Rechtsstaat* (Herrera, Quelques remarques à propos de la notion d'Etat de droit, 93–94.).
[35] I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* [MS] ; AA (Akademie-Ausgabe, 2ème éd.) 06: 313.14 ; trad. française A. Philonenko, sous le titre abrégé E. Kant, *Doctrine du droit,* 2ème éd., (Vrin, 1979) § 45, 195 ; *Zum ewigen Frieden (Vers la paix perpétuelle)* [ZeF], AA 08: 351.01-03 ; texte et trad. J. Darbellay, 2ème éd., (PUF, 1974) 92–93.

et judiciaire sont, comme chez Montesquieu,[36] distingués et séparés.[37] Toujours en s'inspirant de Montesquieu,[38] Kant souligne néanmoins que ces pouvoirs sont coordonnés et subordonnés entre eux.[39] Dans leur union réside en effet, le salut de l'Etat.[40] Mais celui-ci ne s'entend pas d'une fin empirique, telle le bien ou le bonheur du citoyen, comme le pensaient Hobbes ou Locke, qui en avaient, du reste, chacun une acception différente : un Etat qui prétendrait dicter aux citoyens la façon dont ils doivent être heureux serait, souligne Kant, le plus grand des despotismes.[41] Selon Kant, le salut de l'Etat réside dans l'accord entre la constitution et les principes du droit, accord auquel la raison nous fait obligation de tendre par un impératif catégorique.[42] Ainsi l'Etat de droit kantien est-il bien la forme idéale de l'Etat, un modèle que Kant dénomme tantôt une constitution civile,[43] tantôt une constitution républicaine.[44] La conception kantienne de l'Etat de droit peut dès lors être qualifiée de tout à la fois matérielle et formelle.[45]

---

[36] Montesquieu, *De l'esprit des lois,* chr., intr. et bibl. V. Goldschmidt, (Garnier-Flammarion, 1979) vol. I, livre XI, chap. VI, 294 et suiv. Locke (*Second treatise of government,* chap. XII, § 143 et suiv.) distinguait, quant à lui, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir fédératif, sans ériger la justice en troisième pouvoir, contrairement à ce que feront Montesquieu, puis Kant.

[37] MS, AA 06: 313.14f (§ 45 et suiv.) ; trad. Philonenko, 195 et suiv. ; ZeF, AA 08: 352.14-15, texte et trad. Darbellay, 94–95 ; S. Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Kant,* (Vrin, 1996) 179 et suiv. ; Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 54 et suiv.

[38] Montesquieu, *De l'esprit des lois,* vol. I, livre XI, chap. VI, 302 ; Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Kant,* 181 et suiv.

[39] MS, AA 06: 316.08-16 (§ 48) ; trad. Philonenko, 198.

[40] MS, AA 06: 318.06-07 (§ 49) ; trad. Philonenko, 200.

[41] I. Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* [TP], *Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht – Gegen Hobbes),* AA 08: 290.33-37 – 291.01-04 ; trad. L. Guillermit sous le titre, *Sur l'expression courante : il se peut que ce soit juste en théorie, mais en pratique cela ne vaut rien,* 4ème éd., (Vrin, 1980) « Du rapport de la théorie à la pratique dans le droit de l'Etat – contre Hobbes », 31 ; dans un sens similaire : MS, AA 06: 318.08-11 (§ 49) ; trad. Philonenko, 200.

[42] MS, AA 06: 318.12-14 (§ 49*, in fine*) ; trad. Philonenko, 200 *;* dans le même sens : TP, AA 08: 289.21 ; trad. Gibelin, 29 ; I. Kant, *Der Streit der Fakultäten* [SF], *zweiter Abschnitt : Der Streit der philosophischen Facultät mit der juristischen*, AA 07: 087.05-08 ; 091.11-12 ; trad. J. Gibelin sous le titre *Le conflit des facultés,* (Vrin, Paris, 1973) 2ème section, « Le conflit de la faculté de philosophie avec la faculté de droit », 104 et 108. Rappelons que, chez Kant, du moins dans le dernier état de sa pensée, lorsqu'il en a élargi le concept (MS, AA 06: 222.15-20 ; trad. Philonenko, 96), l'impératif catégorique se définit comme une règle pratique, dont la représentation rend une action objective et nécessaire de manière inconditionnelle, par sa forme et non par la représentation d'une fin matérielle et empirique qui en serait la conséquence, tel le bonheur. Les autres impératifs sont hypothétiques ou techniques, parce qu'ils sont conditionnés par la poursuite d'une fin empirique.

[43] TP, AA 08: 289.21 – 290.24 ; 297.02-03 ; trad. Gibelin, 29–30 et 38–39.

[44] ZeF, AA 08:349.08 – 351.03 ; texte et trad. Darbellay, 90–93 ; SF, AA 07: 088.02-03 ; 091.14 ; trad. Gibelin, 104 et 109.

[45] Böckenförde, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique,* 131 ; Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 39.

Selon Kant,[46] plus précisément, l'Etat en général renferme en soi les trois pouvoirs, c'est-à-dire que l'unité de la volonté générale s'y décompose en trois personnes : le souverain pouvoir – la souveraineté – réside dans la personne du législateur et le pouvoir exécutif, dans la personne de celui qui gouverne conformément à la loi ; quant au pouvoir judiciaire, il attribue à chacun le sien selon la loi, en la personne du juge. Ce dernier jugeant au nom du peuple, le pouvoir exécutif ne saurait se substituer à lui ; il doit se borner à assurer l'exécution des jugements rendus en application de la loi.[47]

Le pouvoir législatif ne peut appartenir qu'à la volonté collective du peuple.[48] En effet, comme c'est de lui que doit procéder tout droit, il ne peut faire par sa loi aucune espèce d'injustice à personne : l'injustice est toujours possible lorsque quelqu'un décide à l'égard d'un autre, mais toute injustice est impossible lorsqu'il décide pour lui-même.[49] Il n'y a donc que la volonté concordante et collective de tous, en tant que chacun décide pour tous et tous pour chacun, qui puisse être législative.[50] Dès lors que, dans la constitution républicaine, le pouvoir législatif exprime ainsi la volonté des citoyens et que le pouvoir exécutif est subordonné à la loi, la forme de gouvernement est obligatoirement représentative.[51] L'acte par lequel les citoyens se constituent en un Etat idéal est, il est vrai, un contrat originaire, par lequel chacun a abandonné sa liberté sauvage et sans loi pour retrouver sa liberté en général dans la dépendance légale de l'état juridique.[52] Mais ce contrat est « une idée de la raison » pratique, et non pas le fondement historique de l'Etat.[53] Aussi le citoyen doit-il obéir au pouvoir législatif existant, quelle qu'en puisse être l'origine.[54]

Les membres de la société civile s'appellent des citoyens et leurs attributs juridiques inséparables de leur nature de citoyens sont :[55] la liberté légale, c'est-à-dire la faculté de n'obéir à d'autre loi qu'à celle à laquelle ils ont consentie ; l'égalité civile, qui consiste à ne reconnaître dans le peuple d'autre supérieur que celui auquel on a aussi bien la faculté morale d'imposer une obligation juridique, qu'il peut lui-même

[46] MS, AA 06: 313.17-22 (§ 45) ; trad. Philonenko, 195 ; MS, AA 06: 318.12-14 (§ 46) ; trad. Philonenko, 196.
[47] MS, AA 06: 317.19-36 (§ 49) ; trad. Philonenko, 200.
[48] MS, AA 06: 313.29 – 314.03 (§ 46) ; trad. Philonenko, 196.
[49] Ibid.
[50] Ibid.
[51] ZeF, AA 08:351.21 – 353.15 ; texte et trad. Darbellay, 94–97 ; MS, AA 06: 341.09-22 (§ 52) ; trad. Philonenko, 224.
[52] MS, AA 06: 315.30 – 316.06 (§ 47) ; trad. Philonenko, 198.
[53] TP, AA 08: 297.08-15 ; trad. Gibelin, 39 ; MS, AA 06: 312.02-21 (§ 44) ; trad. Philonenko, 194 ; MS, AA 06: 319.09 ; trad. Philonenko, 201.
[54] TP, AA 08: 298.01-07 ; trad. Gibelin, 40 ; MS, AA 06: 319.09-11 ; trad. Philonenko, 201.
[55] MS, AA 06: 314.04-16 (§ 46) ; trad. Philonenko, 196 ; ZeF, AA 08:349.09 – 350.01 ; texte et trad. Darbellay, 90–91 ; comp. la présentation antérieure, un peu différente dans TP, AA 08: 290f ; trad. Gibelin, 30 et suiv. En outre, on notera que dans son essai *Vers la paix perpétuelle*, Kant parle d'une « dépendance de tous envers une unique législation commune » (en tant que sujets) ». Dans les deux autres ouvrages, il baptise cette condition « l'indépendance civile » et la formule comme indiquée au texte. Sur la portée de cette substitution, *cf.* Kervégan, L'État de droit dans l'idéalisme allemand… 110–111.

obliger ;[56] l'indépendance civile, qui consiste à ne devoir son existence et sa conservation qu'à ses propres droits et à ses propres forces, et non à l'arbitre d'un autre. De ces trois attributs juridiques attachés à la qualité de citoyen, le premier, la liberté, est aussi est le plus fondamental, celui dont Kant faisait déjà, dans la *Critique de la raison pure,*[57] le fondement de la constitution juste. En effet, l'égalité et l'indépendance civiles, telles que Kant les définit, apparaissent comme les corollaires de la faculté pour le citoyen de n'obéir à d'autres lois que celles auxquelles il a donné son assentiment. La liberté, résume Kant, est le principe et même la condition de toute contrainte nécessaire à une constitution conforme au droit, où la loi commande par elle-même.[58]

L'ascendant de Locke et surtout de Kant est manifeste, au dix-neuvième siècle, chez les juristes allemands, dans leur conception originaire du *Rechtsstaat*.[59] La notion de *Rechtsstaat* renvoie alors à un Etat rationnel *(Verstandesstaat),*[60] un Etat de la raison *(Staat der Vernunft),*[61] « gouverné exclusivement par la volonté générale et poursuivant exclusivement le bien commun ».[62] Etabli dans l'intérêt de tous, l'Etat a pour fondement légitime la liberté des citoyens, leur égalité et la propriété, qu'il lui appartient de promouvoir et de protéger par les institutions du droit, par la supériorité de la loi, l'indépendance des juges et la participation des citoyens à l'exercice du pouvoir législatif.[63] Cette notion de l'Etat de droit est proche de celle, anglo-saxonne, de *rule of law,* systématisée par Dicey, sous l'influence notamment de Locke.[64] En effet, la *rule of law*

[56] Nous empruntons cette formulation précise mais abstruse du principe d'égalité civile à la *Doctrine du droit*. Pour d'autres formulation, *cf.* TP, AA 08: 291.19-24 ; trad. Gibelin, 32 ; ZeF, AA 08:349, *apud notam* ; trad. Darbellay, 90–91, note.

[57] I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft,* [KrV], AA 03: 247.29 – 248.02 ; trad. et prés. A. Renault, Garnier-Flammarion, 2006, « Dialectique transcendantale » 344.

[58] MS, AA 06: 340.31 – 341.02 (§ 52) ; trad. Philonenko, 224. Rappr. Böckenförde, Entstehung und Wandel der Rechtsstaatsbegriff, 146–147.

[59] Merkel, Idee und Gestalt des Rechtsstaat, 133–134 ; Böckenförde, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique,* 127 et suiv. ; Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 31 et suiv. ; Herrera, Quelques remarques à propos de la notion d'Etat de droit, 91 et suiv. ; C. Husson-Rochcongar, La redéfinition permanente de l'Etat de droit par la Cour européenne des droits de l'homme, (2016) 37 (2) *Civitas Europa,* 183–220, 187 et suiv. ; Chevallier, *L'Etat de droit,* 16 et suiv. ; *adde :* J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 1, (PUF, coll. Quadrige, 2004) n° 41–42.

[60] R. von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates (1832),* 3e éd., (Tübingen, 1866) L I, 4 et s. et 324, cité par Herrera, Quelques remarques à propos de la notion d'Etat de droit, 91 ; Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 33.

[61] C.-T. Welcker, *Die letzen Gründe von Recht, Staat und Strafe. Philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt,* (Giessen, 1813) 25, cité par Herrera, Quelques remarques à propos de la notion d'Etat de droit, 91 ; Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 33.

[62] J.-C.-F. von Aretin, *Staatsrecht der constitutionelen Monarchie,* t. I, (Altenburg, 1824) 163, cité par Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 34.

[63] Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 43, n° 52 et suiv., n° 63 ; Herrera, Quelques remarques à propos de la notion d'Etat de droit, 91–92.

[64] Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 159 et suiv., n° 214 et suiv.

se caractérise par la suprématie de la loi sur l'arbitraire, en premier lieu, la soumission de l'Etat au même régime juridique et juridictionnel que les citoyens, en deuxième lieu, et la protection des droits et libertés individuels par les tribunaux, en troisième lieu.[65] A l'origine, les notions de *Rechtsstaat* et de *rule of law* sont donc voisines, ordonnées à des fins identiques.

A la conception formelle et matérielle de l'Etat de droit, d'autres juristes allemands du dix-neuvième siècle ont toutefois opposé une conception uniquement formelle.[66] Selon cette conception, dont Stahl[67] a donné un exposé classique, encore que chantourné,[68] l'Etat de droit ne se définit pas par le but qu'il poursuit ou par son contenu, mais par la manière dont il les réalise. La notion d'Etat de droit n'a pas vocation à tempérer le pouvoir politique en le soumettant à des fins qui lui sont supérieures, mais à soumettre le mode d'action de l'Etat à une légalité formelle, dont des tribunaux indépendants ont pour mission d'assurer le respect.

La conception formelle et matérielle de l'Etat de droit apparaît reçue en droit positif en Europe, malgré, parfois, l'ambiguïté ou l'imprécision des textes. Par exemple, l'article 20, alinéa 3, de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne semble plutôt à se référer à la conception formelle de l'Etat de droit.[69] Mais la doctrine et la jurisprudence allemande en ont déduit les principes de la séparation des pouvoirs et de la protection des droits fondamentaux, en reliant cette disposition à d'autres disposition de la loi fondamentale : son article 1er, alinéas 2 et 3, ses articles 2 et suivants et son article 79, alinéa 3.[70] L'article 2 de la Constitution de la République de Pologne réunit

[65] W. Friedmann, *Legal theory,* 5ème édition, (Columbia University Press, 1967) 422 et suiv. ; Herrera, Quelques remarques à propos de la notion d'Etat de droit, 89–103.

[66] Merkel, Idee und Gestalt des Rechtsstaat, 134–135 ; Böckenförde, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique,* 133 et suiv. ; Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 67 et suiv. ; Herrera, Quelques remarques à propos de la notion d'Etat de droit, 91 et suiv. ; Husson-Rochcongar, La redéfinition permanente de l'Etat de droit par la Cour européenne des droits de l'homme, 183–220., https://doi.org/10.3917/civit.037.0183 ; Chevallier, *L'Etat de droit,* 16 et suiv. ; Carbonnier, *Droit civil,* vol. 1, n° 41–42.

[67] F.-J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts,* (J. C. B. Mohr, Heidelberg, 1878) t. II, *Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts,* 218 et suiv.

[68] Merkel, Idee und Gestalt des Rechtsstaat, 135 ; Böckenförde, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique,* 133 et suiv. ; Ch. Schönberger, Etat de droit et Etat conservateur : Friedrich Julius Stahl, in Jouanjan (dir.), *Figures de l'Etat de droit,* 177–191 ; Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 91 et suiv. ; Chevallier, *L'Etat de droit,* 17.

[69] *Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden :* « Le pouvoir législatif est lié à l'ordre constitutionnel, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire à la loi et au droit. »

[70] Merkel, Idee und Gestalt des Rechtsstaat, 135–136 ; Böckenförde, Entstehung und Wandel der Rechtsstaatsbegriff, 143–145 ; Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 149 et suiv. ; M. Fromont, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann,* (Cujas, Paris, 1975) 49–64., not. 49–50. et 64 ; A. Bleckmann, L'Etat de droit dans la constitution de la République fédérale d'Allemagne, *Pouvoirs,* n° 22, septembre 1982, 5–28 ; C. Grewe, L'Etat de droit sous l'empire de la Loi fondamentale, in

lapidairement dans une même proposition la démocratie et l'Etat de droit.[71] Toutefois, cette disposition doit être rapprochée de l'article 10 de cette constitution, qui affirme le principe de la séparation des pouvoirs, et de l'article 30, selon lequel la liberté et les droits de l'homme et du citoyen sont placés sous la protection des pouvoirs publics. Quant aux textes constitutionnels français, ils n'évoquent pas explicitement la notion d'Etat de droit. Cependant, aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. » Cette disposition sous-entend que, lorsque tel n'est pas le cas, l'Etat n'est pas un Etat de droit, puisqu'il n'a pas de constitution. Enfin, l'article 2 du traité sur l'Union européenne associe explicitement Etat de droit et liberté dans la même phrase.[72] La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne se réfère donc logiquement à la conception en partie matérielle de l'Etat de droit, pour enjoindre aux Etats membres de l'Union de la respecter.[73] Dans sa jurisprudence relative à l'interprétation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme procède de même vis-à-vis des Etats signataires de la convention.[74]

III. Difficulte theorique de concept d'Etat de droit

Le talon d'Achille de la conception purement formelle de l'Etat de droit réside dans le cercle vicieux dans lequel elle s'enferme. En effet, pour que l'Etat soit régi par le droit, il lui faut y être assujetti, alors que c'est lui qui le crée par sa volonté. Pour briser ce cercle, des théoriciens allemands comme Jellinek[75] ont eu recours à l'idée d'autolimitation

Jouanjan (dir.), *Figures de l'Etat de droit,* 385–393, spéc. 392–393 ; R. Déchaux, La notion d'État de droit en Allemagne : le Rechtsstaat, Rencontres l'axe 3 de l'UMR 7318 DICE, *Démocratie, État de droit et droits fondamentaux,* Avril 2021, Aix-en-Provence, France. Ffhal-03214090.

[71] *Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej :* « La République de Pologne est un Etat démocratique de droit, mettant en œuvre les principes de justice sociale. »

[72] « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'Homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. »

[73] *Cf.* par ex CJUE 16 février 2022, affaire C157/21, République de Pologne c/ Parlement européen et conseil de l'union européenne, § 154.

[74] Husson-Rochcongar, La redéfinition permanente de l'Etat de droit par la Cour européenne des droits de l'homme, 189 et suiv. *Cf.* par ex. CEDH 7 mai 2021, Xero Flor w Polsce sp. zo.o. c/ Pologne, § 247.

[75] G. Jellinek, Die rechtliche *Natur der Staatenverträge (Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts),* (Vienne, 1880) 7 et suiv. ; *Allgemeine Staatslehre,* 3ème éd., (Berlin, 1914) 367 et suiv. ; trad. G. Fardis, *L'état moderne et son droit,* 1re partie, *Théorie générale de l'Etat,* (Paris, 1911) 549 et suiv. *Cf.* Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 97 et suiv. ; W. Pauly, Le droit subjectif dans la doctrine des statuts de Georg Jellinek, in Jouanjan (dir.), *Figures de l'Etat de droit,* 293–312.,

(Selbstbeschränkung) de l'Etat : c'est par sa propre volonté que l'Etat s'oblige à respecter le droit *(Selbstverpflichtung),* dès lors qu'en étant l'origine, il ne peut y être contraint de l'extérieur. Cette thèse sous-entend que l'Etat est soumis à un droit spécial, différent de celui applicable aux particuliers, contraints de respecter le droit sans en être à l'origine. Aussi sert-elle de base au développement du droit administratif.[76] Mais, à l'exception de R. Carré de Malberg, les juristes publicistes français, qui recueilleront à leur tour le concept d'Etat de droit dans la première moitié du vingtième siècle, soutiendront plutôt que le droit limite extérieurement la puissance de l'Etat,[77] quitte à en revenir insidieusement ainsi à un certain jusnaturalisme.[78]

Tout autre est la voie dans laquelle Kelsen s'est engagé.[79] Selon cet auteur, l'Etat se définit comme un ordre juridique organisé,[80] c'est-à-dire un système de normes juridiques, dans lequel la validité de chaque norme se fonde sur une norme hiérarchiquement supérieure *(Stufenbau),*[81] car une norme fondamentale *(Grundnorm)* dont l'existence est présupposée, le prescrit.[82] L'Etat de droit n'est pas un Etat qui, historiquement, créerait un droit pour s'obliger : « le droit règle sa propre création ».[83] L'Etat s'identifie au droit, à telle enseigne que l'Etat peut, comme le roi Midas changeait en or tout ce qu'il touchait,[84] transformer n'importe quel contenu et n'importe quel fin en droit qu'il faut respecter. Aussi l'expression d'Etat de droit est-elle un « pléonasme ».[85] En effet, « Pour autant que l'Etat soit reconnu comme ordre juridique, tout Etat est un Etat de droit ».[86] Dès lors, la théorie de l'autolimitation de l'Etat doit être rejetée, car elle postule une dissociation artificielle entre l'Etat et le

297–298. Pour la critique de la doctrine de Jellinek, *cf.* M. La Torre, Science juridique et Etat de droit – Leonard Nelson et Georg Jellinek, in Jouanjan, *Figures de l'Etat de droit,* 313–330., 318–322.

[76] Chevallier, *L'Etat de droit,* 22 ; Rivero, L'Etat moderne peut-il encore être un Etat de droit ? 73 et suiv.

[77] A. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel,* t. III, (E. de Boccart, 1930) 589 et suiv., not. 592 et suiv.

[78] Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 393 et suiv. ; Chevallier, *L'Etat de droit,* 34 et suiv. Sur les rapports des notions d'Etat de droit et de droit naturel, *cf. infra*.

[79] Chevallier, *L'Etat de droit,* 40 et suiv. ; C. Herrera, Hans Kelsen et le concept d'Etat de droit, in Bouriau et J. Sohnle (dir.), *La dimension kantienne de l'Etat de droit,* (Presses Universitaires de Nancy – Editions universitaires de Lorraine, 2020) 101–118.

[80] H. Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 2ème éd., (Mohr Siebeck, 2017) 501 et suiv. ; trad. Ch. Eisenmann sous le titre *Théorie pure du droit,* (Dalloz, 1962) 378 et suiv., https://doi.org/10.1628/978-3-16-156464-2

[81] Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 398 et suiv. ; trad. Eisenmann, 299 et suiv.

[82] Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 383 et suiv. ; trad. Eisenmann, 286 et suiv. ; Friedmann, *Legal theory,* 275 et suiv.; Carbonnier, *Droit civil,* vol. 1, n° 39, 75 et n° 42, 78.

[83] Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 543 ; trad. Eisenmann, 411.

[84] Herrera, Quelques remarques à propos de la notion d'Etat de droit, 98 ; « Hans Kelsen et le concept d'Etat de droit », 115.

[85] Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 544 ; trad. Eisenmann, 411. Dans le même sens : Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat,* 281.

[86] Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 544 ; trad. Eisenmann, 411 ; du même auteur « Gott und Staat », in Hans R. Klecatsky, Renè Marcic, Herbert Schambeck (ed), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross* (Franz Steiner Verlag, 2010) 261–284, 270–274.

droit, alors qu'ils se confondent.[87] Seul compte le respect de la hiérarchie des normes, qu'une autorité indépendante doit avoir le pouvoir de faire respecter. Si formelle qu'elle soit, la conception kelsénienne de l'Etat de droit suppose donc une séparation des pouvoirs : une juridiction indépendante doit avoir le pouvoir d'imposer aux pouvoirs législatif et exécutif le respect de la hiérarchie des normes. Elle implique ainsi un contrôle de constitutionnalité, pour imposer ce respect, et non pour protéger les droits fondamentaux.

Bien que, conformément à la théorie pure du droit, tout Etat soit un Etat de droit, Kelsen convient qu'en fait, on emploie cette notion pour désigner un type d'Etat particulier répondant aux postulats de la démocratie et de la sécurité juridique.[88] Mais, selon le juriste autrichien, une telle utilisation du concept d'Etat de droit en constitue un dévoiement, si louable que soit en elle-même la quête d'un idéal de justice. En effet, la théorie pure du droit est « une théorie du droit positif en général » et, pour être pure, précisément, elle doit exclure de son objet tout préjugé relatif à des valeurs, par définition contingentes et subjectives, que le droit devrait poursuivre : elle cherche à répondre à la question de savoir ce qu'est et comment est le droit, non à celle de savoir comment il doit être ou être fait.[89] Peut-être, en écrivant ces lignes au sujet du dévoiement du concept d'Etat de droit, Kelsen avait-il en mémoire un célèbre passage de la *Critique de la raison pure* :[90] empruntant aux juristes leur distinction familière entre la question de fait *(quid facti)* et la question de droit *(quid juris),* Kant y dénonçait l'emploi que nous faisons en fait, d'une foule de concepts empiriques, sans jamais s'interroger sur la légitimité de leur emploi, sans le soumettre à la question *quid juris* et, partant, sans invoquer aucun principe juridique qui pourrait le justifier. Quoi qu'il en soit, Kelsen a démontré avec force qu'un positivisme juridique rigoureux, en vertu duquel le droit se confond avec l'Etat, vide le concept d'Etat de droit de sens.

[87] Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 551 et suiv. ; trad. Eisenmann, 417 et suiv. ; du même auteur, *Théorie générale du droit et de l'Etat,* trad. B. Laroche et V. Faure, intr. Stanley L. Paulson, Bruylant et LGDJ, 1997, 251–252 ; « Gott und Staat », 275–276. *Cf.* Pauly, Le droit subjectif dans la doctrine des statuts de Georg Jellinek, 299.

[88] Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 544 ; trad. Eisenmann, 411.

[89] Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 21 et 128 et suiv. ; trad. Eisenmann, 1 et 87 et suiv. ; *Théorie générale du droit et de l'Etat,* 55 et suiv. Rappr. Merkel, Idee und Gestalt des Rechtsstaat, 138 : *Rechtsstaat ist der Staat, der sich irgendwie selbst verneint* (« l'Etat de droit est l'Etat qui, d'une certaine manière, se nie lui-même » ; W. Leisner, L'Etat de droit – une contradiction ?, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann,* (Cujas, Paris, 1975) 65–79, spéc. 78–79. Pour une analyse critique du normativisme kelsénien, en ce qu'il prône de faire complètement abstraction du contenu des normes et des valeurs, *cf.* not. Friedmann, *Legal theory,* 283 et suiv. ; H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit,* (LGDJ, 1979) 54 et suiv.

[90] KrV, AA 03: 099.15-29 ; trad. Renault, De la déduction des concepts pur de l'entendement, 169–170.

IV. Concept d'Etat de droit et ontologie juridique

La confrontation des analyses respectives de Kant et Kelsen révèle que la conception de l'Etat de droit retenue, formelle et substantielle ou bien strictement formelle, est liée à une ontologie juridique. Elle dépend en effet de la réponse apportée à la question, fondamentale et préalable, de savoir ce qu'est le droit.[91] Pour les juristes positivistes, on le sait, le droit tout entier se réduit aux règles juridiques en vigueur.[92] Sans doute la plupart des juristes positivistes ne se désintéressent-ils pas des « valeurs », qu'un droit a pour but de promouvoir. Mais, tant que le droit en vigueur ne les a pas consacrées, ces valeurs restent, selon eux, en dehors du champ d'application de la science juridique. Toutes les variantes[93] de positivisme juridique se rejoignent ainsi dans l'affirmation de l'exclusivité du droit positif et la négation corrélative de l'existence d'un droit naturel.[94] Or seule la conception exclusivement formelle de l'Etat de droit est, à la rigueur, conciliable avec le positivisme juridique ; à la rigueur seulement, car un positiviste juridique radical comme Kelsen va jusqu'à dénoncer, on l'a vu, un pléonasme dans l'expression d'Etat de droit. La conception matérielle et formelle de l'Etat de droit se réfère, quant à elle, à un modèle idéal et rationnel d'Etat, fondé sur la liberté, l'égalité et la propriété privée. Elle en appelle donc fatalement à des principes de droit naturel, à l'autorité supérieure aux règles de droit positif.

L'examen des écrits de Locke et de Kant le confirme. Selon Locke, tout d'abord, on l'a vu, l'Etat de droit implique la subordination de la loi civile à la loi de nature. Quant à Kant, il emploie le terme de *droit naturel (Naturrecht)* pour désigner le droit qui repose uniquement sur des principes rationnels *a priori*, par opposition au droit statutaire, qui procède de la volonté du législateur.[95] Or l'Etat idéal est conçu d'après de purs principes

[91] Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 441 et suiv. (développements très complets).

[92] *Cf.* par ex. Carbonnier, *Droit civil,* t. I, n° 38–39, 74 ; Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit,* 26.

[93] Sur lesquelles, *cf.* Carbonnier, *Droit civil,* t. I, n° 38–41 ; Friedmann, *Legal theory,* 253 et suiv. ; H. L. A. Hart, *Le concept de droit,* trad. M. van de Kerchove, (Facultés universitaires Saint-Louis, 1976) 223 et suiv.; du même auteur Positivism and the Separation of Law and Morale, (1958) 71 *Harvard Law Review,* 593 et suiv., https://doi.org/10.2307/1338225 ; Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit,* 26 et suiv. ; N. Bobbio, *Essais de théorie du droit,* trad. M. Guéret avec la collaboration de Ch. Agostini, (Bruylant & LGDJ, 1998) 23 et suiv., 39 et suiv. ; M. Tropper, *Pour une théorie juridique de l'Etat,* (PUF, coll. Léviathan, 1994) 23 et suiv., https://doi.org/10.3917/puf.trope.1994.01

[94] *Cf.* par ex. Friedmann, *Legal theory,* 257 ; Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit,* 54 et suiv. ; Kelsen, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, appendice à *Théorie générale du droit et de l'Etat,* 435 et suiv., spéc. 438–441.

[95] MS, AA 06: 229.12-15 *(Einleitung in die Rechtslehre,* § A) ; trad. Philonenko, 103 ; MS, AA 06: 237.15-17 *(Eintheilung der Rechtslehre,* B,1) ; trad. Philonenko, 111 ; MS, AA 06: 256.22-25 (§ 9) ; trad. Philonenko, 131 ; MS, AA 06: 296.16-17 (§ 36) ; trad. Philonenko, 178 ; Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Kant,* 69 ; du même auteur, *Les embarras philosophiques du droit naturel,* (Vrin, 2003) 113 et suiv.

du droit.[96] Dès lors, écrit Kant ailleurs, la constitution de cet Etat purement rationnel est de droit naturel[97] ou en harmonie avec le droit naturel.[98] Ainsi, dans la conception formelle et matérielle qui est celle de Kant, l'idéal de l'Etat de droit est-il l'expression du droit naturel.

Nul n'ignore cependant que la notion de droit naturel est bien antérieure à Kant. De nombreux auteurs de l'Antiquité s'y référaient déjà. Toutefois, pour la plupart d'entre eux, la loi naturelle était une loi cosmique, éternelle, immuable et nécessaire.[99] A l'époque moderne, avec l'Ecole du droit de la nature et des gens, puis Hobbes et Locke, la loi naturelle devient un ensemble de règles de conduite découvertes *a priori* par la raison,[100] perdant ainsi, au passage, son caractère cosmique. Or la notion d'Etat de droit se trouve, à un stade embryonnaire, dans les écrits des représentants de l'Ecole du droit de la nature et des gens,[101] par exemple chez Pufendorf[102] et Wolff.[103] Mais on ne peut les considérer pour autant, comme les fondateurs du concept ; le mérite de son élaboration en revient surtout à Kant.[104] Avec ce dernier, en effet, pour la première fois, le concept d'Etat de droit devient la représentation d'une forme intelligible, d'un idéal politique, à la réalisation duquel la raison pratique nous fait l'obligation morale de tendre.

Le droit naturel de l'Ecole du droit de la nature et des gens constitue un ensemble de préceptes moraux issus de la raison, une forme intelligible au sens platonicien du terme, immuable et éternelle.[105] Il est une vérité universelle et nécessaire, indépendante de toute réalité matérielle.[106] En d'autres termes, Grotius et ses épigones se désintéressent

[96] MS, AA 06: 313.11-14 § 45) ; trad. Philonenko, 195. *Cf. supra.* Dans le langage de Kant, les termes « pur » et « *a priori* » se recoupent la plupart du temps : *cf.* par ex. MS, AA 06: 205.10-12, 25–26 *(Vorrede);* trad. Philonenko, 79.

[97] SF, AA 07: 087.13 ; trad. Gibelin, 104.

[98] SF, AA 07: 090.21-22 ; trad. Gibelin, 108 ; Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Kant,* 41 ; Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 42 ; Chevallier, *L'Etat de droit,* 19–20.

[99] Héraclite, *Fragm. Diels et Kranz, Die Fragmente der Vorsokratiker,* B 114, Pradeau, n° 119 ; Platon, *Gorgias,* texte et trad. M. Croiset, collab. L. Bodin (1941), Les Belles Lettres, 1998, 508 a ; trad. et notes L. Robin (1940), préf. J. Brunschwig, prés. A. Castel-Bouchouchi, Folio, 1999 ; trad. M. Canto-Sperber, Garnier-Flammarion, 2018 ; Platon, *Les Lois*, X, 890 d.

[100] H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix,* trad. du latin P. Pradié-Fodéré, éd. D. Allan et S. Goyard-Fabre, (PUF, coll. Léviathan, 1999) prolégomènes, § XI-XII ; livre I, chap. I, § X, 1.

[101] Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 36.

[102] S. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens,* trad. du latin J. Barbeyrac, (Bâle, 1732) t. II, livre VIII, chap. I, § I-II, 352–354.

[103] H. Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens,* trad. du latin J.-H.S. Formey, (Amsterdam, 1758) t. III, livre VIII, chap. V, § VI et suiv., 243 et suiv. ; chap. VI, § XVII, 251.

[104] Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law,* n° 28 et suiv.

[105] Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix,* livre I, chap. I, § X, 1, 5, 6 ; § XII, 1 ; Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens,* t. I, livre II, chap. III, § 1, 169 ; t. II, livre VIII, chap. I, § 1, 353 ; E. Cassirer, *La philosophie des lumières,* trad. et prés. P. Quillet, Gérard Montfort, (réimpr. 1982) 241–245.

[106] Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix,* Prolégomènes, § LVIII ; Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens,* t. II, livre VIII, chap. I, § I-II, 352–354 ; Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens,* t. I, livre I, chap. I, § III, 2 ; Cassirer, *La philosophie des lumières,* 242.

du « droit volontaire » ou « droit établi »,[107] qu'ils considèrent comme arbitraire, à la différence du droit naturel, le seul droit véritable selon eux. L'approche de Kant est plus subtile. Contrairement aux représentants de l'Ecole du droit de la nature et des gens, il différencie en effet, pour sa part, soigneusement la légalité et la moralité d'un action,[108] l'action accomplie conformément au devoir et l'action accomplie par devoir.[109] Ainsi le concept de droit se distingue-t-il, selon lui, de celui de vertu,[110] dès lors que la législation juridique fait d'une action un devoir sans intégrer le mobile à la loi, tandis que la législation éthique érige ce devoir en mobile de l'action.[111] Or cette distinction l'amène à associer le concept de droit à la possibilité d'une contrainte externe, contrairement à l'Ecole du droit de la nature et des gens.

Sans doute le concept de droit naturel[112] est-il, pour Kant, un concept *a priori,* forgé par la raison pure, car un concept déduit de l'expérience n'aurait pas l'universalité et la nécessité que tout concept philosophique suppose :[113] « ce qu'est le droit, l'expérience ne peut nous l'apprendre ».[114] Cependant, Kant définit le droit comme l'ensemble des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être uni à l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de liberté.[115] Or il ne peut en aller ainsi que si la contrainte peut être opposée à tout usage de la liberté qui ferait obstacle à la liberté d'autrui. Dès lors, le droit est lié à la faculté de contraindre.[116] Il repose, plus précisément, sur la possibilité d'une contrainte externe pouvant se concilier avec la liberté de chacun suivant des lois universelles.[117] Mais, dans l'état de nature *(natürlicher Zustand),* nulle contrainte légale,

[107] Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix,* livre I, chap. I, § IX, 2 ; § XIII.

[108] I. Kant, *Kritik der praktischen Vernunft* [KpV] *(Critique de la raison pratique),* AA 05: 071.28-34 ; 081.15-19 ; trad. F. Picavet, 7ème éd., (PUF, 1976) 75 et 85 ; *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft (La religion dans les limites de la simple raison),* AA 06: 098.30 – 099.03 *;* trad. et avant-propos J. Gibelin, 6ème éd., (Vrin, Paris, 1979) 133 ; SF, AA 07: 091.22-25 ; trad. Gibelin, 109 ; MS, AA 06: 219.09-14 ; trad. Philonenko, 93.

[109] KpV, AA 05: 081 13-15 ; trad. Picavet, 85.

[110] Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Kant,* 57 et suiv. ; *Les embarras philosophiques du droit naturel,* 111.

[111] MS, AA 06: 219.10-14 *(Einleitung in die Metaphysik der Sitten) ;* trad. Philonenko, 93 ; MS, AA 06: 230.17-18; 29-31 *(Einleitung in die Rechtslehre,* § C*) ;* trad. Philonenko, 105.

[112] Sur cet aspect fondamental, dont l'exposé suit, de la philosophie du droit de Kant, *cf.* not. Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Kant,* 112 et suiv. ; A. Renault, « Présentation » de Kant, *Métaphysique de mœurs,* t. I, (Garnier-Flammarion, 1994) 37 et suiv. ; M. Villey, La *Rechtslehre* de Kant dans l'histoire de la science juridique, in du même, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais),* (Dalloz, 1976, réimpr. 2009) 139–159., not. 154–155 ; *adde :* Chevallier, *L'Etat de droit,* 19–20.

[113] MS, AA 06: 215.16-18 *(Einleitung in die Metaphysik der Sitten) ;* trad. Philonenko, 89 ; MS, AA 06: 229.17 – 230.04 *(Einleitung in die Rechtslehre,* § B*)* ; trad. Philonenko, 103–104.

[114] TP, AA 08: 306.17 ; trad. Gibelin, 50.

[115] MS, AA 06: 230.24-26 (§ B, *in fine*) ; trad. Philonenko, 104 ; TP, AA 08: 289.35 – 290.02 ; trad. Gibelin, 30.

[116] MS, AA 06: 231.23-34 (§ D) ; trad. Philonenko, 105–106 ; TP, AA 08: 290.04-08 ; trad. Gibelin, 30.

[117] MS, AA 06: 232.09-11 (§ E) ; trad. Philonenko, 106.

publique, extérieure ne protège de la violence d'autrui.[118] Cet état de nature est donc un état de « droit privé », où aucune loi publique n'assurant le respect de la liberté de chacun, du mien et du tien,[119] le droit est provisoire.[120] Le droit ne devient péremptoire que dans l'état juridique *(rechtlicher Zustand),*[121] soumis au « droit public »,[122] d'une constitution civile ou républicaine.[123] Le mien et le tien y sont alors, en effet, légalement garantis par la contrainte publique, sans pour autant que l'état juridique les fixe et les détermine à proprement parler, puisqu'ils sont reconnus provisoirement en l'état de nature.[124] Cette constitution juridique, déclare Kant,[125] est l'Etat *(Staat)* au sens véritable. Ainsi, comme on l'a vu antérieurement, la constitution civile ou républicaine est-elle bien en conformité avec le droit naturel, des principes duquel elle assure l'effectivité.

Avant Kant, Locke, il est vrai, on l'a vu, avait déjà jeté les bases philosophiques de l'Etat de droit moderne. Cependant le philosophe anglais a peiné, semble-t-il, à en étayer le concept. Locke est en effet un philosophe empiriste, pour lequel toute connaissance dérive de l'expérience, y compris la loi de nature.[126] Or, reconnaît Locke, le contrat social, par lequel les hommes renoncent à l'Etat de nature pour entrer dans une société civile gouvernée par la volonté générale, n'est qu'une conjecture, et non un fait historique.[127] Ainsi l'Etat de droit ne repose-t-il pas sur un fait d'expérience, comme il le devrait, si seulement Locke appliquait sa théorie de la connaissance ; c'est un simple fait de vraisemblance,[128] nourri de quelques rares récits, soit historiques,[129] soit relatifs à la situation des indiens des tribus d'Amérique.[130] A dire vrai, l'expérience nous enseigne, à rebours, que beaucoup d'Etats civils ne sont pas des Etats de droit tels que Locke en avait tracé les contours. Le statut épistémologique du concept d'Etat de droit chez Locke demeure donc incertain.

[118] MS, AA 06: 307.12 – 308.02 (§ 42) ; trad. Philonenko, 189 ; AA 06: 312.02-15 (§ 44) ; trad. Philonenko, 194–195.
[119] MS, AA 06: 242.15-17 ; trad. Philonenko, 116.
[120] MS, AA 06: 256.35 – 257.04 (§ 9) ; trad. Philonenko, 131 ; AA 06: 257.30 (§ 9, rem.) ; trad. Philonenko, 132 ; AA 06: 312.34 – 313.08 (§ 44) ; trad. Philonenko, 195. Rappr. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens,* livre III, chap. I, § III, 3, 355–356.
[121] MS, AA 06: 257.04-05 (§ 9) ; trad. Philonenko, 131.
[122] MS, AA 06: 242.18-19 ; trad. Philonenko, 116 ; AA 06: 311.06-08 (§ 43) ; trad. Philonenko, 193.
[123] MS, AA 06: 341.01-04 (§ 52) ; trad. Philonenko, 224.
[124] MS, AA 06: 256.26-31 (§ 9) ; trad. Philonenko, 131 ; AA 06: 312.17-21 (§ 44) ; trad. Philonenko, 194 ; AA 06: 312.34 – 313.08 (§ 44, rem.) ; trad. Philonenko, 195.
[125] MS, AA 06: 340.36-37 (§ 52) ; trad. Philonenko, 224.
[126] J. Locke, *An essai concerning human understanding,* préf. et éd. P. H. Niddish, (Clarendon Press Oxford, 1985) livre I, chap. III, § 13.
[127] Locke, *Second treatise of civil government,* VIII, § 100 et suiv.
[128] Ibid., § 112.
[129] Ibid., § 103.
[130] Ibid., § 102.

Kant, au contraire, surmonte l'ambiguïté affectant la philosophie politique de Locke, en érigeant l'Etat tel qu'il doit être selon les purs principes du droit, en paradigme que la raison pratique commande d'imiter : « il y a une *théorie* du droit politique, avec laquelle la pratique doit s'accorder pour être valable ».[131] Ainsi la philosophie critique fonde-t-elle plus que toute autre, à notre avis, le concept moderne d'Etat de droit *(Rechtsstaat),* au sens formel et matériel du terme. Kant soumet la politique à un idéal de « juridification »,[132] celui de l'état de droit *(rechtlicher Zustand)* garantissant la liberté à chaque citoyen. « Le droit », écrit-il,[133] « doit être tenu pour sacré à l'homme, si grands soient les sacrifices que cela peut coûter à la puissance qui gouverne. » La constitution juridique parfaite est « la chose en soi » affirme-t-il ailleurs.[134] Elle est, écrit-il encore,[135] un « idéal platonicien *(respublica noumenon)* »,[136] « la norme éternelle pour toute constitution politique en général ». Cette subordination de la politique au droit permet à Kant de relier sa philosophie du droit à sa philosophie de l'histoire. La soumission des Etats au droit, l'accroissement dans la société de la légalité des actes, sinon de la moralité de leur intention, représente déjà, selon lui, un progrès du genre humain vers le mieux, en lequel la raison peut légitimement espérer, sans pouvoir pour autant le prophétiser.[137] Ce progrès se traduira par une régression de la violence au profit d'une coexistence des libertés, tant dans les rapports entre individus que dans les rapports entre Etats.[138]

V. Conclusion

L'opposition entre la conception formelle et matérielle de l'Etat de droit, d'une part, la conception purement formelle, d'autre part, reflète celle, plus générale, de l'idéalisme juridique et du positivisme juridique. Cependant, l'un comme l'autre ne sont, comme Jean Carbonnier le soulignait,[139] que des tendances générales. Des philosophes aussi différents que Platon et Kant se rangent dans la catégorie des idéalistes juridiques ;

131 TP, AA 08: 306.18-19 ; trad. Gibelin, 50.
132 Kervégan, L'État de droit dans l'idéalisme allemand... 114.
133 ZeF, AA 08: 380.32-33 ; trad. Darbellay, 154–155.
134 MS, AA 06: 371.33-34 : *das Ding an sich selbst ;* trad. Philonenko, 255.
135 SF, AA 07: 091.03-05 ; trad. Gibelin, 108. *Cf.* déjà : KrV, AA 03: 247.21-29.
136 Malgré l'admiration qu'il porte à Platon, Kant n'entend évidemment pas suggérer par ces expressions que l'Etat idéal aurait les caractéristiques de celui de la *République.* L'Etat idéal kantien est fondé sur la liberté, L'Etat idéal platonicien est régime autoritaire, dans lequel l'autonomie du citoyen est niée.
137 SF, AA 07: 084f ; trad. Gibelin, 99 et suiv. spéc. 109–110.
138 Ibid.; I. Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht – Funfter Satz,* AA 08: 22.06-35 ; trad. ss le titre E. Kant, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique* et com. J.-M. Muglioni, Bordas Editions pédagogiques modernes, 1981, 5ème proposition, 16–17.
139 Carbonnier, *Droit civil,* t. I, n° 38.

des penseurs aussi éloignés les uns des autres que les sophistes grecs, tels Protagoras[140] ou Antiphon,[141] d'un côté, Hobbes, de l'autre, dans celle des positivistes juridiques. Aussi un examen des sources les plus directes des deux conceptions opposées de l'Etat de droit a-t-il paru présenter quelque intérêt, encore qu'il se soit nourri de travaux antérieurs approfondis. Il semble résulter de cet examen que la conception formelle et matérielle de l'Etat de droit se fonde sur des valeurs idéales, qu'elle emprunte à Locke et surtout à Kant. Quant à la conception purement formelle, elle postule une neutralité axiologique et témoigne d'une ambition d'autonomie de la science juridique par rapport à la philosophie. Cette seconde conception de l'Etat de droit participe dès lors d'un mouvement plus large d'affranchissement de la science du droit du joug de la philosophie, mouvement dont l'essor remonte au dix-neuvième siècle et qui concerne l'ensemble des sciences humaines.[142]

[140] Platon, *Théétète,* texte et trad. A. Diès, (Les Belles Lettres, 1923, nouveau tirage 1976), trad. M. Narcy, Garnier-Flammarion, 167 c, 172 a.

[141] Antiphon, *Discours suivis des fragments d'Antiphon le Sophiste*, texte et trad. L. Gernet, (Belles Lettres, 1923, réimpr. 2018) 4 ; fragm. H. A. Diels et W. Kranz, *Die Fragmente der Vorsokratiker,* B 44.

[142] M. Villey, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit,* (Dalloz, réimpr. 2001) n° 10 et suiv.

Weber, Ferdinand*

Rechtsstaatlichkeit als Unionswert und die Legitimation ihres Schutzes**

Abstract

The rule of law is the most important value of the European Union in a practical sense. Nevertheless, the question what exactly it protects and who is called upon to protect it remains contested. This contribution seeks to explore the difficulties in answering these questions. It then addresses the question which standards can be derived from it by the European Court of Justice from a competence and legitimacy perspective. Finally, the attention is directed towards the 'Rule of Law Conditionality'. It may lead to a legitimatory relief of the Court from an institutional perspective, but also contains a problematic vagueness that may call its acceptance into question regarding its dogmatically extractable content.

Keywords: rule of law, values, competences, legitimacy, democracy, European Court of Justice

I. Gegenstand

„Über Grundwerte spricht man nicht – man hat sie."[1] So lautete ein Kommentar aus der (deutschen) Europarechtswissenschaft während der Verhandlungen zum schließlich gescheiterten Europäischen Verfassungsvertrag. Müssen Selbstverständlichkeiten extra normiert werden?, könnte man auch fragen. Der Konvent verhandelte zwischen Februar 2002 und Juli 2003 die heutigen Werte- und Zielklauseln, Artikel 2 und 3 EUV. Das fand inhaltlich gemeinsam statt und es war nicht immer klar, was Wert und was Ziel ist oder werden soll.[2] Der erwähnte Beobachter stieß auf derart viele Änderungs- und

* Weber, Ferdinand, Akademischer Rat a.Z., Institut für Völkerrecht und Europarecht, Universität Göttingen.

** Mit Nachweisen versehene und für die Verschriftlichung leicht überarbeitete Fassung eines Vortrags beim Symposium zum zwanzigjährigen Jubiläum der Deutschen Rechtsschule am 25. Mai 2022 an der Eötvös Loránd-Universität, Budapest.

1 F. Reimer, Wertegemeinschaft durch Wertenormierung? Die Grundwerteklausel im europäischen Verfassungsvertrag, (2003) *Zeitschrift für Gesetzgebung,* 208–217.

2 Exemplarisch die Aussprache über den Bericht der Gruppe XI „Soziales Europa" vom 6./7.2.2003, CONV 548/03, S. 2; im Rahmen einer Aussprache im Plenum äußerte der stellvertretende Vorsitzende des Präsidiums *Jean-Luc Dehaene* zu einer Vorfassung von Art. 2 Satz 2, sie beschreibe mehr Ziele als Werte und müsse inhaltlich entweder in die Präambel oder Art. 3 überführt werden (CONV 674/03, 5), was zu einer Änderung führte, CONV 724/03, Anlage 2, 50.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.2.25

Ergänzungsvorschläge der Konventsmitglieder, dass er ironisch resümierte: „Aus der Schatztruhe abendländischer Preziosen fehlen – soweit ersichtlich – noch Arbeit, Tierschutz und Sport."[3]

Inzwischen wird in Europa nur noch über Grundwerte, allen voran Rechtsstaatlichkeit, gesprochen. Rechtsstaatlichkeit, Werte und Europäische Union sind regelmäßige Bestandteile in Zeitungen, Fachzeitschriften, Blogs und Nachrichtensendungen, mit anderen Worten feste Elemente europäischer Krisendebatten, von denen es bekanntlich mehrere gibt. Dennoch stellt sich immer noch die Frage, was eigentlich genau gemeint ist, wenn von Rechtsstaatlichkeit als Unionswert gesprochen wird und wer zu ihrem Schutz berufen ist.

Angesichts der Fülle der Entwicklungen soll es im Folgenden nicht um das neueste Urteil des Europäischen Gerichtshofs, Verhandlungen der Mitgliedstaaten oder Tätigkeiten der EU-Organe gehen, sondern ein Schritt zurückgetreten werden, um auf die rechtliche Struktur und Einbettung des Werts der Rechtsstaatlichkeit zu blicken. Das von der Kommission gegen Ungarn eingeleitete, erste Verfahren unter der neuen „Rechtsstaatskonditionalität"[4] wird sicher weitere amtlich-institutionelle Äußerungen seitens der Unionsorgane hervorbringen. Gerade der Umstand, dass die Formulierung von Rechtsstaatlichkeitsvorstellung derzeit vor allem auf der unionalen Ebene stattfindet, gibt jedoch Anlass, einen etwas anderen Zugang zu wählen und so ambivalent an das Thema heranzutreten, wie es sich im Integrationsprozess selbst darstellt.

In einem ersten Abschnitt werde ich Rechtsstaatlichkeit als Verbundnorm betrachten, die, wie andere Bereiche im Unionsrecht, etwa im Grundrechtsschutz oder im europäischen Verwaltungsrecht, aus Rechtserkenntnisquellen um sie herum schöpft, aber im Ergebnis autonom gehandhabt wird.[5] Hierbei sollen die Kategorien Normstruktur, Normadressaten und Normgehalt helfen, zu einem ersten Zwischenfazit zu gelangen.

Im zweiten Schritt wird es um die Legitimation des Schutzes dieses Unionswerts gehen. Gemeint sind nicht legitimationstheoretische Gerechtigkeits- oder Richtigkeitserwägungen, sondern, schlichter, eine unionsverfassungsrechtliche Zuständigkeitsfrage. Es wird dem grundlegenden Gedanken gefolgt, wonach Kompetenzen Legitimation delegieren.[6] Den zweiten Abschnitt begleitet eine These, die ich Ihnen bei dieser Gelegenheit näherbringen möchte. Sie lautet, dass im laufenden europäischen

[3] Reimer, Wertegemeinschaft durch Wertenormierung? 213.

[4] Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. Dezember 2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABlEU L 433 v. 22.12.2020, 1.

[5] Zu dieser Methode zuletzt etwa EuGH, Urt. v. 1.8.2022, verb. Rs. C-273/20 und C-255/20, Rn. 34, 57 – Bundesrepublik Deutschland/SW u.a.

[6] M. Nettesheim, Kompetenzdenken als Legitimationsdenken, (2014) 69 *JuristenZeitung,* 585–592., https://doi.org/10.1628/002268814X13996306717728

„Wertekonstitutionalismus“[7] ein altbekanntes Muster des Integrationsprozesses steckt, aber fraglich ist, wie weit es dieses Mal tragen kann. Das soll zum Schluss ein kurzer Blick auf die Rechtsstaatskonditionalität verdeutlichen, in der sich meines Erachtens Hoffnung und Sorge treffen – zwei Gefühle, ohne die man im Europa der Gegenwart nicht auskommt.

II. Rechtsstaatlichkeit als Unionswert

Artikel 2 Satz 1 des Vertrags über die Europäische Union spricht aus, dass die Union sich unter anderem auf den Wert der Rechtsstaatlichkeit *gründet*. Satz 2 formuliert eine Kohäsionserwartung, wenn es heißt, dass „Diese Werte [...] allen Mitgliedstaaten [...] gemeinsam“ *sind*. Das erinnert deutsche Rechtswissenschaftler entfernt an das föderale Homogenitätsgebot in Artikel 28 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes. Aber ist Artikel 2 EUV überhaupt mehr als unverbindliche Verfassungsornamentik, wie der Eingangskommentar es nahelegt?

Hier ist meines Erachtens bereits das systematische Argument überzeugend, wonach es dann beim Aufrufen des Werts in der Präambel hätte bleiben können, wo Rechtsstaatlichkeit auch heute weiter anzutreffen ist.[8] Es wird mit anderen Worten nicht mehr nur einleitend „geschöpft“. Rechtsstaatlichkeit wurde in operatives Recht umgegossen. Zudem zeigt die bereits erwähnte Entstehungsgeschichte auch, dass die Konventsmitglieder um den heutigen Artikel 2 im Wissen um eine bekannte Methode des Europäischen Gerichtshofs, auf die ich noch zurückkommen werde, verhandelten und auch deshalb so intensiv berieten.

Für den Blick auf die Normstruktur stellt die Homogenitätsklausel des Grundgesetzes einen guten Kontrast dar. Das deutsche Grundgesetz knüpft an von der Ewigkeitsklausel umfasste Staatsstrukturprinzipien und -ziele der Bundesverfassung an und gibt sie den Ländern in einer starken Formulierung vor („muß [...] entsprechen“ statt „sind [...] gemeinsam“). Dazu kann sich über Artikel 31 des Grundgesetzes auf eine klare Kollisionsregel, den Geltungsvorrang, berufen werden. Das Unionsrecht formuliert im Vergleich zurückhaltender und der EuGH muss zugleich stets bemüht sein, den Anwendungsvorrang als ungeschriebene Kollisionsnorm, die seiner Auffassung nach unbedingt ist, hochzuhalten.[9] Man könnte also sagen: Das Unionsverfassungsrecht

[7] F. Schorkopf, Der Wertekonstitutionalismus der Europäischen Union, (2020) 75 *JuristenZeitung,* 477 ff.; engl. F. Schorkopf, Value Constitutionalism in the European Union, (2020) 21 (5) *German Law Journal,* 956 ff., https://doi.org/10.1017/glj.2020.51

[8] Dritter Präambelabsatz des EUV, ABlEU C 326 v. 26.10.2012, 15, konsolidierte Fassung.

[9] Zur (weiter) nicht überzeugenden Begründung der Unbedingtheit des unionalen Anwendungsvorrangs unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung F. Weber, Die Identität des Unionsrechts im Vorrang, (2022) 77 *JZ,* 292 ff., https://doi.org/10.1628/jz-2022-0091; engl. F. Weber, The Identity

nimmt den Unionsorganen weit weniger Arbeit ab als das Grundgesetz den deutschen Verfassungsorganen.

Zieht man die Beitrittsklausel, Artikel 49 EUV, hinzu, scheint insgesamt die Erwartung ausgedrückt zu werden, eine beim Beitritt einst erreichte Wertekonvergenz werde, wenn sie schon nicht zunimmt, wenigstens nicht abnehmen werde.[10]

Damit lässt sich hinsichtlich der Normstruktur festhalten, dass es sich beim Wert der Rechtsstaatlichkeit nicht um eine bloße symbolische Hülle handelt, sondern mindestens eine objektivrechtliche Strukturerwartung im föderalen Miteinander zwischen den beteiligten Subjekten. Dies sind, wie aus Satz 1 und 2 des Artikel 2 folgt, sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Union.

Dass auch die Unionsorgane an die Werte gebunden sind, erscheint angesichts der zahlreichen Urteile gegen Mitgliedstaaten nicht auf der Hand zu liegen. Es fehlt eine Klausel, die so explizit ist wie Artikel 51 Absatz 1 Satz 1 der Grundrechtecharta im Bereich der Grundrechte die Bindung der Unionsorgane ausspricht. Die Wertbindung der Union und ihrer Organe soll deshalb kurz verdeutlicht werden.

Anhaltspunkte im Primärrecht liefern Artikel 3 Absatz 1 und 5 EUV, wonach es unter anderem das Ziel der Union ist, ihre Werte zu fördern, nach Absatz 5 zudem, dieselben als Akteurin in der internationalen Gemeinschaft zu schützen. Diese unionsverfassungsrechtlichen Dauerziele ließen sich schwerlich verfolgen, wenn die Unionsorgane den Werten selbst nicht verpflichtet wären. Schließlich lässt sich die Wertbindung der Unionsorgane mittelbar über ihre ausdrückliche Zielbindung in Artikel 13 Absatz 2 EUV begründen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Urteil des Gerichts, die Rechtssache Sped-Pro/Kommission vom Februar 2022.[11] Das EuG urteilte hier erstmals, dass die Kommission als Wettbewerbsbehörde verpflichtet ist zu prüfen, ob nationale Wettbewerbsbehörden rechtsstaatlichen Grundanforderungen genügen, und, falls nicht, gegebenenfalls selbst Rechtsschutz in Beschwerdeverfahren zu gewähren. Damit hat das Gericht das zweistufige Prüfsystem, das der EuGH für Auslieferungsersuchen im Europäischen Haftbefehlsrecht geschaffen hat, erstmals einem Unionsorgan auferlegt, im Ergebnis: eine Werteprüfungspflicht, die ein Unionsinteresse zugunsten unionaler Rechtsschutzgewährung ganz im Sinne des Rechtsstaatsprinzips begründen kann.[12]

Zudem ist die Unionsgerichtsbarkeit selbst an die Werte gebunden. Der EuGH erfuhr 2021 harte Kritik für die Zurückweisung von Rechtsschutzersuchen

of Union Law in Primacy: Piercing through Euro Box Promotion et Others, (2022) 7 (2) *European Papers,* http://doi.org/10.15166/2499-8249/597

[10] In diesem Sinne etwa EuGH (Große Kammer), Urt. v. 20.4.2021, Rs. C-896/19, Rn. 63 – Repubblika/Il-Prim Ministru: Achtung der Werte als „Voraussetzung für den Genuss aller Rechte, die sich aus der Anwendung der Verträge auf einen Mitgliedstaat ergeben."

[11] EuG, Urt. v. 9.2.2022, Rs. T-791/19 – Sped-Pro/Kommission.

[12] EuG, Sped-Pro/Kommission, Rn. 103–106.

der ehemaligen britischen Generalanwältin *Sharpston*. Sie wehrte sich gegen ihre im Zuge des Brexit-Abkommens erfolgte vorzeitige Abberufung. In der Europarechtswissenschaft wurde der Vorwurf formuliert, in dieser heiklen Angelegenheit lege der Gerichtshof an die eigene Institution geringere Maßstäbe an als sie über Artikel 2 den mitgliedstaatlichen Justizsystemen abverlangt.[13]

Die wichtigste Frage betrifft jedoch das Normgehalt. Was schützt Rechtsstaatlichkeit als Unionswert eigentlich? Kann man auch für die Werte auch von einer Art sachlichem Schutzbereich, statt Grundrechten eben föderaler Verfassungsgrundlagen oder sogar kodifizierter Verfassungsvoraussetzungen sprechen, deren jeweiliger Inhalt durch Auslegung erschlossen werden kann?

Hier schlagen einige Besonderheiten des Unionsrechts durch. Im deutschen Bundesstaat ist das Etikett abweichender Rechtsstaatsverständnisse Teil politischer Auseinandersetzungen, in der Regel aber ohne rechtliche Substanz oder Ernsthaftigkeit. Nimmt man sie einmal an, wie etwa bei der Ankündigung des bayerischen Ministerpräsidenten vom Februar 2022, die bundesgesetzlich vorgeschriebene, einrichtungsbezogene Impfpflicht nicht „wirklich" vollziehen zu wollen, steht (unter anderen) das Instrument des Bundeszwangs aus Artikel 37 des Grundgesetzes zur Verfügung. Die Maßstäbe sind hier ebenso klar wie das verfassungsrechtlich zur Verfügung stehende Instrumentarium.

In der Europäischen Union ist die Lage schwieriger. Es ist einerseits unstreitig, dass unter Rechtsstaatlichkeit abstrakte Größen wie die Gewährung von Rechtsschutz, auch gegen die öffentliche Gewalt, die Gewährleistung der Unabhängigkeit der Justiz oder die Gebote der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes fallen. Was das konkret bedeutet, fällt in den 27 politischen Gemeinschaften der Union aber sehr unterschiedlich aus, wie die Taricco-Fälle des EuGH zum italienischen Verjährungsverständnis im Strafrecht zeigen.[14] Mit den Begriffen – *Rechtsstaatlichkeit, État de droit, rule of law, Stato di diritto, jogállamiság* – werden in jeder politischen Gemeinschaft und ihren Wissenschaften vom öffentlichen Recht andere historische, kulturelle und rechtliche Ausprägungen verbunden. Hinzu kommt, dass alle Sprachfassungen gleichermaßen verbindlich sind, Art. 55 Abs. 1 Hs. 1 aE EUV. Werden die unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Traditionen damit nicht schon im Primärrecht kodifizert?

Hierzeigt sich eine gewisse Ambivalenz aus der Verbundstruktur. Für Rechtsgrundverweise auf die nicht konturscharfen Maßstäbe von 27 Mitgliedstaaten spricht aber

[13] Unter anderem EuGH, Beschl. v. 16.6.2021, Rs. C-685/20 P, Rn. 45-50 – Sharpston/Rat und Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten; D. Kochenov, De Facto Power Grab in Context: Upgrading Rule of Law in Europe in Populist Times, (2021) 40 *The Polish Yearbook of International Law,* 197–208., Zitat, SSRN-Fassung, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3840178, Abruf: 1.8.2022, 1 (14): „the naked Emperor is above the law".

[14] EuGH (GK), Urt. v. 8.9.2015, Rs. C-105/14 – *Taricco I;* GK, Urt. v. 5.12.2017, Rs. C-42/17 – *Taricco II;* M. Lochmann, Taricco I – ein Ultra-vires-Akt? Zur Rechtsfortbildung durch den EuGH, (2019) *Europarecht,* 61 ff., https://doi.org/10.5771/0531-2485-2019-1-61

nichts. Eine solche Regelungstechnik kommt im Unionsrecht grundsätzlich nicht zum Zug.[15] Sie würde Artikel 2 auch seinen Sinn und Zweck nehmen. Im Gegenteil, grundsätzlich gilt das bekannte Vorgehen, dass Begriffe der Verträge autonom ausgelegt werden. Ich verweise nur auf den Arbeitnehmerbegriff der in Artikel 45 AEUV niedergelegten Arbeitnehmerfreizügigkeit.[16] Für den Normgehalt lässt sich damit feststellen: Nicht anders als der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten bestimmt sich auch die Reichweite unionsrechtlicher Homogenitätserwartungen grundsätzlich unionsrechtsautonom.

Das Dilemma der Konkretisierung aber bleibt. Der EuGH geht einen Mittelweg, um den norminhärenten Homogenitätserwartungen einerseits gerecht zu werden, auf der anderen Seite aber nicht 27 mitgliedstaatliche Justizsysteme an Stelle des hier nicht einmal zuständigen Unionsgesetzgebers über den abstrakten Großbegriff Rechtsstaatlichkeit per Richterspruch zu harmonisieren. In der neueren Rechtsprechung findet sich die Vorsichtsformel, Artikel 2 gebe den Mitgliedstaaten „ein konkretes verfassungsrechtliches Modell" nicht vor.[17] Andererseits findet sich die sehr starke Aussage, die Werte bilden den Identitätskern der Union als gemeinsamer Rechtsordnung der Mitgliedstaaten, sind mehr als politische Absichtserklärungen und lösen über sie konkretisierende Prinzipien rechtliche Pflichten aus.[18] Wie der Ausgleich zwischen Verbindlichkeit und Vielfalt ausfallen wird, ist vorerst offen.

Dieses Dilemma muss hier auf sich beruhen und der erste Teil schließen mit dem Ergebnis: Rechtsstaatlichkeit ist ein im operativen Teil des EUV verankerter Unionswert, gerichtet an die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten, dazu Beitrittsvoraussetzung und unmittelbare Richtschnur unionalen und mitgliedstaatlichen Handelns, wie die gezeigten und weitere Normen des Primärrechts verdeutlichen (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV).

III. Die Legitimation ihres Schutzes

Die bisherigen Ausführungen haben eine zentrale Vorfrage ausgeklammert, um die es nun gehen soll. Wer ist überhaupt zur verbindlichen Werteeinforderung berufen?

[15] Eine Ausnahme stellt der Verweis auf den Status Staatsangehörigkeit in Art. 9 S. 2 EUV und Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV dar, der einer autonomen Auslegung aus verschiedenen Gründen nicht unterliegt; zu problematischen Entwicklungen in diesem Kontext F. Weber, Kompetenzfusion durch Bürgerschaft, die föderale Logik in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, (2022) 61 *Der Staat,* 297–320., https://doi.org/10.3790/staa.61.2.297

[16] EuGH, Urt. v. 23.3.1982, Rs. 53/81, Rn. 11 – Levin, stRspr; für neuere Rechtsprechung EuGH, Bundesrepublik Deutschland/SW u.a.

[17] EuGH (Große Kammer), Urt. v. 21.12.2021, Rs. C-357/19 u.a., Rn. 229 – *Euro Box Promotion* u.a.

[18] EuGH (Plenum), Urt. v. 16.2.2022, Rs. C-156/21, Rn. 127, 232 (engl. Fassung) – Ungarn/Parlament und Rat; für eine ausführliche Analyse F. Weber, The Pluralism of Values in an identity-framed Verbund: Federal Belonging in the European Union after the Court's Judgments of 16 February 2022, (2022) (4) *European Law Review,* 514–533., 524–533.

Das ist nicht ohne Weiteres klar. Die erste Spur führt zum bekannten Artikel-7-Verfahren. Liest man die Vorschrift, sieht man im Grunde den Ausweis einer hochintegrierten Gemeinschaft. Die Mitgliedstaaten setzen den Völkerrechtsgrundsatz *par in parem non habet iurisdictionem* für die Konstellation eines stets hochpolitischen Verfassungsverfalls aus und sitzen übereinander im Europäischen Rat und im Rat „zu Gericht". Nur scheitert das System am Einstimmigkeitserfordernis (Artikel 7 Absatz 2 EUV).

Dieser Ausfall führt zur Suche nach anderen Unionsorganen. Mit Blick auf die Grundgedanken aus Artikel 344 AEUV und Artikel 19 Absatz 1 EUV liegt die Unionsgerichtsbarkeit nahe. Nur folgt aus den Normen keine Vermutung für eine unionsgerichtliche Allzuständigkeit. Artikel 344 AEUV verweist auf andere Vorschriften und Artikel 19 ist offensichtlich eine Aufgabenzuweisungsnorm.[19] Das ist, jedenfalls für jemanden, der im deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrecht sozialisiert wurde, etwas anderes als eine Zuweisung von Befugnissen. Für diese Argumentation spricht auch das Unionsrecht, in erster Linie das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Artikel 5 Absatz 2 EUV. Die mehrfache Erwähnung dieses Grundsatzes, besonders in Artikel 3 Absatz 6 EUV, belegt, dass das Unionsrecht selbst zwischen der Zuweisung von Zielen und Aufgaben auf der einen und der Zuweisung von Befugnissen zu ihrer Verfolgung oder Erfüllung auf der anderen Seite unterscheidet.

Zudem kennt das Unionsrecht sogar Jurisdiktionsausschlüsse, unter anderem für das Artikel-7-Verfahren (Artikel 269 AEUV).[20] Das verdeutlicht, dass die Unionsgerichtsbarkeit aus einer *allgemeinen* Werteaufsicht herausgehalten werden sollte. Damit ist die zentrale Frage erreicht: Macht das Fehlen einer expliziten Zuweisung *jeden* Werteschutz durch die Unionsgerichtsbarkeit illegitim?

Hier soll nicht die Frage diskutiert werden, ob die sogenannte Rechtsstaatskonditionalität auf einer haltbaren Kompetenznorm basiert, wie der EuGH feststellte.[21] Ich möchte vielmehr ein integrationsgeschichtliches und ein dogmatisches Argument nennen, warum der Vorgang als solcher nicht illegitim ist, und mit einem Blick auf die Rechtsstaatskonditionalität schließen.

Erstens ist schon aus der Zeit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft bekannt, dass der EuGH bei Politikblockaden kompensatorisch als Motor der Integration

[19] Vgl. auch P. M. Huber, Art. 2 EUV als Grundlage des Staaten- und Verfassungsverbundes der EU, *Alkotmánybírósági Szemle 2020. évi különszám, Constitutional EUdentity 2019, Unity in Diversity – Common and Particular Values,* International Conference organized by the Constitutional Court of Hungary, March 2019, 20 (21 Fn. 13): „Der Umweg über Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV wirkt dabei allerdings wie ein technokratischer Trick, um den Vorwurf einer Selbstermächtigung und einer Umgehung der verfahrensrechtlichen Anforderungen von Art. 7 EUV zu umgehen."

[20] Weiter Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 5 EUV, Art. 275 Abs. 1 und Art. 276 AEUV.

[21] EuGH (Plenum), Urt. v. 16.2.2022, Rs. C-156/21 – Ungarn/Parlament und Rat; das lässt sich mit guten – unionsverfassungsrechtlichen – Gründen aufgrund der verordnungsinternen Organermächtigungen anders sehen, dazu Weber, The Pluralism of Values in an identity-framed Verbund..., 514 (521 f.).

an- und einspringt. Rechtsstaatsprobleme lösen aus dieser Sicht eben keine wirtschaftspolitischen, sondern institutionelle Blockaden aus. Das Muster bleibt gleich. Diesen Vorgang fasst besonders schön jemand zusammen, der nicht nur am Ersten und Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts als Richter tätig war, sondern nahtlos von 1970 bis 1980 deutscher Richter am EuGH und in den letzten vier Jahren als bislang einziger deutscher Präsident des Gerichtshofs amtierte: *Hans Kutscher.* Im Jahr 1976 beantwortete *Kutscher* – explizit aus richterlicher Sicht – die Frage, nach welchen Kriterien der praktische Nutzen einer Norm im offenen Vertragssystem des Vertrags über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft zu beurteilen sei. Er führte aus:

Die Antwort kann nur dahin gehen, daß diese Kriterien den Vertragszielen entnommen werden müssen. Nach dem Grundsatz des *effet utile* ist diejenige Auslegung vorzuziehen, die die Verwirklichung der Vertragsziele am besten fördert. Der Grundsatz ist der teleologischen Interpretation zuzuordnen.[22]

Kutscher bringt hier etwas Entscheidendes auf den Punkt, die eigentliche „Methode der Methode" *effet utile.* Der Gerichtshof hält den *wechselnden Regierungen* im Wege der nutzenmaximierenden Auslegung einzelner Vertragsnormen die Vertragsziele entgegen, auf die sich die (Mitglied)Staaten *als beständige Trägersubjekte* der Union verbindlich geeinigt haben. Das Vorgehen ist je nach Sachbereich mehr oder weniger gewagt, ausbleibender kollektiver Widerstand wurde und wird aber als stilles Konvenieren aufgefasst. So funktioniert die richterliche „Gemeinschaftsmethode" seit jeher. Gehen wir mit Kutscher einen Schritt weiter und radikalisieren diesen Gedanken etwas, um ihn schließlich in unsere heutige Zeit zu übertragen. Das richterliche Selbstverständnis und die Rolle der Unionsgerichtsbarkeit brachte er wie folgt auf den Punkt:

Der besondere Charakter der Gemeinschaft, die nicht als völkerrechtliche Staatenverbindung, sondern als eine zukunftsorientierte, auf die Veränderung wirtschaftlicher und sozialer Verhältnisse und auf fortschreitende Integration angelegte Gemeinschaft sui generis zu verstehen ist, verbietet eine statische und fordert eine dynamische, evolutive Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Es ist dem Gemeinschaftsrichter nicht erlaubt, außer acht zu lassen, daß die Gemeinschaftsverträge die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker geschaffen haben [...]. Wie anders als durch eine auf die Vertragsziele ausgerichtete, also dynamische und teleologische Interpretation des Gemeinschaftsrechts sollte der Gerichtshof diese ihm übertragene Funktion wahrnehmen?[23]

Wie anders lässt sich das bezeichnen als Vorwegnahme dessen, was heute, Jahrzehnte später, unter dem Konzept des transformativen Konstitutionalismus firmiert? Und wie unhaltbar muss mit Blick auf den Wert der Demokratie die These erscheinen,

[22] H. Kutscher, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht eines Richters, in *Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften,* Begegnung von Justiz und Hochschule am 27. und 28. September 1976, (Berichte, 1976) I-44.

[23] Ibid., I-41 f.

in der Not ließen sich Unklarheiten im inzwischen massiv erweiterten Handlungsspektrum der Union aus einst vereinbarten Vertragszielen, oder eben den Werten, in Verbindung mit dem Transformationsbekenntnis des Artikel 1 Absatz 2 EUV über *ein* Gericht feststellen?[24] Wir haben es dennoch mit einem weiter aktiven Hintergrundverständnis des Integrationsprozesses zu tun.[25]

Dogmatische Stützen lassen sich, zweitens, aber ebenfalls finden, auch wenn sie nicht von allen geteilt werden. Im mitgliedstaatlichen Dissens über vertragliche Auslegungsfragen scheint sich faktisch jene Auffassung durchzusetzen, hinter der sich die Mehrheit der Mitgliedstaaten neben den Unionsorganen, insbesondere dem Gerichtshof, versammelt. Insoweit agiert die supranationale Integrationsgemeinschaft auch als rechtliche Interpretationsgemeinschaft, in der über materielle Vertragsfortentwicklungen nach einer Art ungeschriebenem Mehrheitsprinzip entschieden wird. Hierfür sind die dogmatischen Stützen klar: Wenn Artikel 2 EUV echte rechtliche Pflichten enthält, lässt sich ihre punktuelle Verletzung über Artikel 258 AEUV, das Vertragsverletzungsverfahren, feststellen und der auf Artikel 7 EUV und Artikel 269 AEUV gestützte Spezialitätseinwand zurückweisen. So konnte der EuGH in den letzten Jahren über Einzelfälle Symptome behandeln (oder wenigstens kenntlich machen), während gemeinsame Lösungen unter den Mitgliedstaaten weiter ausfielen.[26]

---

[24] Für Anfragen an das Konzept siehe F. Schorkopf, Menschenrechte und Mehrheiten, (2022) 82 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 19–46., 38–43., https://doi.org/10.17104/0044-2348-2022-1-19; vgl. auch A. Paulus, Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in herausfordernden Zeiten, (2022) *EuGRZ,* 357., 358 f.

[25] Etwa Publikationen des amtierenden Präsidenten, alle aus dem Amtszeitraum als EuG- und EuGH-Richter: K. Lenaerts, Constitutionalism and the many Faces of Federalism, (1990) 38 (2) *American Journal of Comparative Law,* 205–263., 220., https://doi.org/10.2307/840100: "The Community may indeed excercise its specific, implied or non-specific powers in the fullest way possible, without running into any inherent limitation set to these powers as a result of the sovereignty which the Member States retain as subjects of international law. There simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community."; K. Lenaerts, Some Thoughts about the Interaction between Judges and Politicians, (1992) (1) *University of Chicago Legal Forum,* 93–133., 95.: "[...] judicial moves to safeguard the core of the European integration agenda set out in the Treaties, when the political actions that should have been taken were not pursued, and the legislation that should have been adopted, was, in fact, not passed."; K. Lenaerts und K. Gutman, "Federal Common Law" in the European Union: A Comparative Perspective from the United States, (2006) 54 (1) *American Journal of Comparative Law,* 1–121., 7., https://doi.org/10.1093/ajcl/54.1.1; K. Lenaerts, Federalism and the Rule of Law: Perspectives from the European Court of Justice, (2011) 33 (5) *Fordham International Law Review,* 1338., (1386).

[26] Treffend J. Bast und A. Thiruvengadam, Origins and pathways of constitutionalism, in Dann/Thiruvengadam (Hrsg.), *Democratic Constitutionalism in the European Union and India: Comparing the Law of Democracy in Continental Polities,* (2021) https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3642530, 102.: "It is difficult to predict in which direction the Rule of Law Crisis in the EU will develop; a short-term solution is not in sight. As of now, it has not caused an institutional crisis at the EU level but it demonstrates the extent to which the supranational project relies on *constitutional preconditions* at the national level which the EU itself, let alone its Court, cannot ensure." (Hervorhebung hinzugefügt.)

Dennoch kann es angesichts der Vielzahl politischer Akteure und der Anzahl und Unterschiedlichkeit der beteiligten politischen Gemeinschaften kaum überzeugen, wenn ein Gericht allein dafür Sorge tragen soll, mit Mitteln des Rechts für die Einhaltung kodifizierter „Verfassungsvoraussetzungen" zu sorgen, wenn das Grundproblem in einer Erosion des Rechtsvollzugs und der Rechtsbefolgungsbereitschaft selbst liegt. Hört das Recht hier also auf?[27]

Nein. Das führt zur „Verordnung über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union" vom Dezember 2020, der sogenannten Rechtsstaatskonditionalität.[28] Rechtstechnisch handelt es sich um eine unionale Haushaltsschutzverordnung *wegen* Rechtsstaatsverletzungen, keinen allgemeinen rechtsstaatlichen Aufsichtsmechanismus. Das Plenum des EuGH hat diese Struktur in den Urteilen vom Februar 2020 klargestellt und geäußert, dass die Einrichtung eines Artikel 7 EUV ähnlichen *allgemeinen* Werteaufsichtsverfahrens primärrechtswidrig wäre.[29]

Armin von Bogdandy hat die Verordnung als „bislang wichtigsten Gesetzgebungsakt zur Verwirklichung des europäischen Verfassungskerns" bezeichnet.[30] Ich würde der Bedeutsamkeit beitreten, zeigt der Rechtsakt doch – insoweit meine Hoffnung – dass die Mitgliedstaaten sich der Thematik endlich annehmen. Jedoch: Das Europäische Parlament spielt weder im Verfahren der Stoffsammlung und Kommunikation mit betroffenen Mitgliedstaaten, noch im Entscheidungsprozess jenseits des bloßen Informiertwerdens eine Rolle. Damit ist ein demokratisches Unionsorgan von vornherein ausgeklammert, weshalb der Rechtsakt kaum von allen als großes Werk des Unionsverfassungsrechts beschrieben werden wird. Die Kommission wird zwar als tüchtige Ermittlungsbehörde tätig. Die Entscheidung über das Ob und Wie von Sanktionen liegt indes, unter unbeschränkter Abweichungsmöglichkeit von den Kommissionsvorschlägen, beim Rat. Das ist kein Lichtblick für Organe, die nach ihrem Selbstverständnis supranationale Interessen gegenüber Partikularinteressen vertreten, aber immerhin die Chance, dass der EuGH (ein Stück) legitimatorisch entlastet wird. Es sind, um auf die Einordnung der Zitate *Hans Kutschers* zurückzukommen, letztlich die im Rat vereinigten „Clubmitglieder", die über eine monetäre *Ent-Wertung* der Unionsmitgliedschaft gegenüber wechselnden Regierungen entscheiden.

Sorge bereitet dagegen der Aspekt des Normgehalts. Was ist nun, von Fall zu Fall, Bestandteil der Rechtsstaatlichkeit als Unionswert? Artikel 2 Satz 1 EUV macht unmissverständlich deutlich, dass es keinen „Primärwert" gibt, in dem die anderen aufgehen, sondern verschiedene Werte nebeneinanderstehen. Die Konditionalität möchte

[27] In Anlehnung an G. Meyer und G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts,* (7. Aufl. 1919) 906 (zum preußischen Verfassungskonflikt 1862).
[28] Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092.
[29] EuGH, Ungarn/Parlament und Rat, Rn. 167.
[30] A. v. Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft, (Suhrkamp, Berlin, 2022), 161., Zitat.

dagegen offenbar definitorisch weit ausgreifen[31] und könnte in der Praxis, unter dem Eindruck des *effet utile* und im Wunsch, jede problematische Entwicklung zu erfassen, vielleicht doch zu einer allgemeinen Haushaltswertekonditionalität umgewidmet werden.[32]

Diese Möglichkeit ist nicht nur aufgrund des allgemeinen Sprachgebrauchs („Rechtsstaatskonditionalität") problematisch, sondern für die Akzeptanz des Instruments. Theoretisch lässt sich diskutieren, wieviel Demokratie ohne rechtsstaatliche Strukturen denkbar ist und welche Werte sich inwieweit mit anderen überschneiden. Steuerungskraft und Akzeptanz in diesem hochpolitischen Verfahren setzen aber voraus, Rechtsstaatlichkeit von anderen Grundentscheidungen abzugrenzen, um Adressaten hieran festhalten zu können.[33] Eine Überladung oder (weitere) definitorische Ausfransung könnte dazu führen, dass, wenn alles Rechtstaatlichkeit ist, Rechtsstaatlichkeit vielleicht einmal nichts mehr ist. Neben dem *effet utile* gehört zu einer Rechtsordnung wie jener der Union, die den Wert der Rechtsstaatlichkeit hochhält, auch der Ausschluss des Satzes *ius ad finem dat ius ad media* – ein Recht auf das Ergebnis kann kein Recht auf die Mittel geben.

Im Ergebnis lässt sich leicht skeptisch, aber mit optimistischer Tendenz gegen das vorgetragene Eingangszitat schließen mit: Über *die verschiedenen* Grundwerte sprechen hilft hoffentlich, sie zu formen.

Nagyon szépen köszönöm!

[31] Art. 2 lit. a) Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092, letzter Satz: „Die Rechtsstaatlichkeit ist so zu verstehen, dass auch die anderen in Artikel 2 EUV verankerten Werte und Grundsätze der Union berücksichtigt werden."

[32] Zu Anhaltspunkten in der EuGH-Rspr. und weiteren Möglichkeiten Weber, The Pluralism of Values in an identity-framed Verbund..., 514 (530 ff.).

[33] Siehe auch P. M. Huber, Rechtsstaat, in Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts,* (C. H. Beck, München, 2021) § 6 Rn. 55: „Der Begriff des Rechtsstaats und erst recht seine verfassungskräftige Verbürgung fallen allerdings umso gehaltvoller, seine Steuerungskraft umso größer aus, je klarer er sich von anderen Grundentscheidungen und Werten abgrenzen lässt. Nicht überholtes Trennungsdenken, sondern das Gebot, die Wirkkraft seiner Verbürgung bestmöglich zu entfalten, erfordert es daher, den Begriff des Rechtsstaats ungeachtet aller Interdependenzen und Überschneidungen mit anderen Verfassungsgrundsätzen auf seinen spezifischen Kern zurückzuführen und ihn entsprechend ein- und zuzuordnen."

Somssich, Réka*

La méthamorphose des procédures d'infractions

Abstract

Infringement procedures have undergone substantial changes over the last years. Not only was this procedure used to detect new forms of breaches but at the same time the consequences of non-compliance with judgments delivered in infringement procedures became more severe. The toolbox of the Commission has also been considerably enlarged allowing it to speed up the procedure or to gather information. This paper aims to identify those aspects which have led to the transformation of the nature and relevance of infringement procedures.

Keywords: infringement procedures, lump sum, penalty payment, rule of law, general principles of EU law, preliminary references

I. Introduction

En 2004, la communauté universitaire, ainsi que les experts en droit européen et les gouvernements nationaux, ont été surpris d'apprendre que la Commission européenne a entamé une procédure d'infraction contre le gouvernement suédois pour la violation de l'Article 267 paragrahe 3 TFUE au motif du non-respect systématique de l'obligation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : la Cour) par ses deux cours suprêmes. Aux cours suprêmes suédoises il était repproché d'avoir basé leur décisions trop souvent sur la doctrine d'acte clair et d'interpréter le droit européen d'une manière trop autonôme sans consulter l'organe européen qui possède le monopôle du droit d'interprétation en droit de l'Union.[1] Cette affaire avait été cloturée bien avant qu'elle soit référée à la Cour[2] mais c'était effectivement la première fois que le moyen suivant était soulevé induisant que les actes du pouvoir juridictionel peuvent déclencher une

* Somssich, Réka, Professeure, Département du droit international privé et du droit économique européen, ELTE Faculté de Droit.

1 L'avis motivé de la Commission No C(2004)3899.

2 La législation pertinente avait été modifiée en vue de prévoir une obligation de motivation pour la Cour suprême dans le cas où elle refuserait de procéder à un renvoi préjudiciel si un tel renvoi est sollicité par une des parties.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.3.37

procédure d'infraction.[3] La nature et l'étendue de la procédure d'infraction a beaucoup évolué depuis. Mais pour que la responsabilité relative à la violation des obligaions des organes judiciaires soit tranchée par la Cour, il a fallu attendre jusqu'à 2018. Dans cet arrêt une seule l'absence de saisine par le Conseil d'État français a suffit à déclencher la responsabilité de l'État sans qu'un tel comportement soit systémathique et répétitif. La Cour a estimé que lorsqu'une juridiction a omis de procéder à une saisine de la Cour dans un cas où l'application correcte du droit de l'Union dans ses arrêts ne s'imposait pas avec une telle évidence qu'elle ne laissait place à aucun doute raisonnable, le manquement au droit européen doit être établi.[4] Par cette décision, un nouveau type d'infraction a émergé et ajouté à la liste des infractions dont les contours ont déjà été esquissés au cours des dernières décennies.

Récemment, la nature et le visage de la procédure d'infraction ont beaucoup changé, tant au niveau de la procédure que des conséquences et du fond. De nouveaux types d'affaires apparaissaient à l'horizon. Cette étude vise à donner un échantillon de cette évolution.

Mise en place en 1957 avec le traité de Rome, la procédure d'infraction avait été envisagée plutôt comme une procédure technique, généralisée et centralisée visant à garantir que les règles du droit européen soient observées.[5] La gestion de la procédure et la représentation des interêts de l'Union étaient confiées à la Commission, qui – en vertue de l'Article 17 TUE – veille à l'application du droit de l'Union. Pendant longtemps – comme souligne Aleksandros Tsadiras – la procédure ressemblait alors plutôt à un « jeu de marchandage élitiste et bipolaire » entre la Commisssion et l'État membre en défaut.[6] Bien que la possibilité d'un recours par un État membre ait toujours été ouverte, jusqu'à récemment, cette procédure était quasi inexistante.

L'objet de la procédure, est d'établir que l'État membre a manqué aux obligations qui lui incombent en vertue des traités.[7] Toutefois, ces obligations doivent être comprises dans un sens large incluant non seulement les violations de dispositions spécifiques des traités, mais aussi les violations d'actes adoptés par les institutions, les violations d'accords internationaux conclus par l'UE et la méconnaissance des principes généraux du droit de

[3] E. Várnay, Az előzetes döntéshozatali eljárás – nemzetközi kitekintés, in *Az Európai Unió jogának alkalmazása: az előzetes döntéshozatali eljárások kezdeményezésének tapasztalatai elnevezésű joggyakorlat-elemző csoport összefoglaló véleménye,* (Kúria, Budapest, 2013) 51.

[4] CJUE, 4 octobre 2018, C-416/17 Commission c. France (ECLI:EU:C:2018:811). Voire, à cet égard A. Turmo, A Dialogue of Unequals – The European Court of Justice Reasserts National Courts' Obligations under Article 267(3) TFEU, (2019) 15 (2) *European Constitutional Law Review,* 340–358., https://doi.org/10.1017/S1574019619000117

[5] A. Tsadiras, Garder les gardien : Les « plaintes au titre de l'article 258 TFEU » présentées au Médiateur européen, (2015) 81 (3) *Revue Internationale des Sciences Administratives,* 659–677., 660., https://doi.org/10.3917/risa.813.0659

[6] Ibid.

[7] K. Lenaerts, I. Maselis et K. Gutman, *EU Procedural law,* (OUP, Oxford, 2015) 159.

l'Union.[8] Il est tout de même important de souligner que la Commission dispose d'un très large pouvoir discrétionnaire pour engager la procédure et la poursuivre tout au long de la phase administrative.[9] Dans sa Communication d'octobre 2022, La Commission a formulé sa nouvelle approche stratégique selon laquelle les procédures d'infraction seront, dans le future, rarement axées sur des questions individuelles, mais plutôt sur des problèmes systémiques et structurels touchant un grand nombre de personnes.[10] Cela signifie que les infractions individuelles doivent essentiellement être protégées par d'autres voies. Comme le souligne la Commission, cette approche stratégique exige que les règles nationales prévoient des procédures de recours efficaces en cas d'infraction au droit communautaire, par le biais d'un système judiciaire indépendant.[11] Cela indique deux choses. D'une part, une protection juridique nationale efficace est en soi essentielle à la bonne mise en œuvre du droit communautaire et peut donc donner lieu à des procédures d'infraction. D'autre part, elle vise à donner un rôle plus important au système judiciaire national – et donc même aux procédures préjudicielles – qui peut ainsi devenir un acteur plus actif dans la détection des violations.

Pendant très longtemps les jugements rendus dans le cadre des procédures d'infraction n'étaient pas exécutoires à l'encontre des États membres.[12] Jusqu'à 1993, l'entrée en vigeur du traité de Maastricht, la Cour n'était pas compétente pour infliger des sanctions pécuniaires sur l'État condamné. Donc il s'agissait prioritairement de conséquences indirectes des décisions touchant les États comme la répétition de l'indu ou la responsabilité envers les particuliers pour les dommages qu'ils auraient subis en raison d'une violation du droit européen par l'État. A l'aube du millénaire la procédure subissait plusieurs changements. La boîte à outil de la Commission s'est agrandie lui permettant de recourir aux nouvelles formes d'intervention et simultanément la nature des violations s'est aussi transformée. Le nombre des cas de non-transposition est largement tombé au cours des dernières années et même si cas dominent encore la procédure, l'infraction des dispositions spécifiques des actes européens, voire du traité – très souvent en combinaison avec certains article de la Charte des droits fondamentaux, qui a acquis force contraignante en 2009 – est devenue une forme de violation plus

[8] Ibid., 160.
[9] N. Rubio, L'opportunité dans le recours en manquement en droit de l'Union européenne, in R. Le Bœuf et O. Le Bot, *L'inapplication du droit,* (DICE Edition, 2020) 169–180., https://doi.org/10.4000/books.dice.12107
[10] Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Enforcing EU law for a Europe that delivers, COM(2022)518 final, 20.
[11] COM(2022)518 final, 21.
[12] B. Jack, Article 260(2) TFEU : An Effective Judicial Procedure for the Enforcement of Judgments ?, (2013) 19 (3) *European Law Journal,* 404–421., 404., https://doi.org/10.1111/eulj.12030

fréquente.[13] Dans un article publié en 2021 Prete et Smulders maintenaient que la procédure a finalement atteint l'âge de la maturité.[14]

II. La nouvelle boîte à outils de la Commission

Depuis les années 2000 la Commission s'est dotée de nouveaux moyens qui visaient à renforcer l'efficacité de la procédure. Une partie des mesures prises grâce à ces nouveaux moyens étaient réalisées à l'initiative de la Commission elle-même et ne nécéssitaient pas d'authorisation, d'autres étaient dû aux modifications des traités tandis que certaines étaient rendues possibles par la jurisdrudence de la Cour.

Premièrement, la possibilité de déposer des plaintes concernant les violations alléguées a considérablement élargi la palette des sources de violations disponibles à la Commission. Par ses communications[15] – adoptées sur recommandation du Médiateur européen[16] – la Commission a institutionalisé et réglé la possibilité des particuliers de canaliser les informations sur les prétendues violations vers la Commission en établissant un formulaire de plainte et en prévoyant des garanties procédurales pour ces particuliers. Ainsi la procédure est devenue quasi triangulaire,[17] même si juste une petite proportion (3-5%) de ces plaintes abouties en une mise en demeure.[18]

Deuxièmment, la possibilité de sanctionner la violation a donné à la procédure un caractère plus marqué et a augmenté son prestige. Cette authorisation insérée dans l'article 260 paragraphe 2 TFUE a été encore renforcée par la Cour qui – en 2005 dans une décision concernant la France – a approuvé l'imposition combinée de deux sanctions : l'astreinte et la somme forfaitaire.[19] L'arrêt a encouragé la Commission à faire un usage réel du potentiel des sanctions. Cela se reflète dans les communications qu'elle a faites à la suite de l'arrêt et qui ont été continuellement mises à jour depuis lors.[20] Avec

[13] Tandis qu'en 2011 le nombre des cas de non-trasposition était de 1200, en 2019 il s'est abaissé à 400 plus encore en 2020 il n'a pas dépassé 600. En revanche, les procédures pour mauvaise transposition, qui étaient habituellement inférieures à 200, ont atteint la barre des 300 en 2019, tout comme les procédures pour la violation des traités ou des règlements ont été les plus nombreuses cette année, avec près de 200 cas. COM(2022)518 final, 24.

[14] L. Prete et B. Smulders, The Age of Maturity of Infringement Procedures, (2021) 58 (2) *Common Market Law Review*, 285–332., https://doi.org/10.54648/COLA2021021

[15] Communication de la Commission – Le droit de l'UE : une meilleure application pour de meilleurs résultats (2017/C 18/02).

[16] Tsadiras, Garder les gardien : Les « plaintes au titre de l'article 258 TFEU » présentées au Médiateur européen, 662.

[17] Ibid., 659.

[18] En 2019 150 procédures avaient été ouvertes sur la base des 3813 plaintes déposées. En 2020 ces chiffres étaient 190 sur 3207, en 2021 117 sur 4398. Accompanying the document Report from the Commission Monitoring the application of European Union law 2021 Annual Report [COM(2022)344 final], 23.

[19] CJUE, 12 juillet 2005, C-304/02 Commission c. France (ECLI:EU:C:2005:444).

[20] SEC(2005) 1658 (JO C 126 du 7.6.2007), p. 15. La dernière mise à jour date de 2019 (2019/C 309/01).

l'entrée en vigeur du traité de Lisbonne le champ d'application des sanctions pécuniaires s'est élargi. Le nouveau paragraphe 3 de l'article 260 TFUE permet – en cas de non-transposition – l'imposition des sanctions déjà dans le premier jugement sans attendre la non-éxécution de celui-ci. Même si cette disposition n'a pas encore été souvent utilisée, la Cour semble lui attribuer une interprétation extensive.[21]

Troisièmment, dans les dix dernières années on témoigne de plus en plus souvent – dans les affaires plus délicates – le raccourcissement des délais de résponse de deux mois[22] à un mois ce qui est un défi considérable pour les administrations concernées pour donner une réponse bien élaborée et argumentée.[23]

Quatrièmment, la Cour s'est récennement recouru à de nouveaux moyens d'incitation – à sa disposition mais rarement utilisés – dans le cadre d'une procédure d'infraction en cours quand elle a énoncé à la demande de la Commission des mesures provisoires[24] auxquelles l'État membre défendant était tenu de se conformer et en infligant à défaut de l'adoption de ces mesures sur elle une astreinte journalière.[25]

Il convient également de noter que tous les nouveaux instruments n'ont pas toujours été jugés adéquats par la Commission pour atteindre ses objectifs et devaient être modifiés dans les années à venir. Une telle ambivalence peut être observée dans le mécanisme dit *EU Pilot* mis en place en 2007,[26] qui était un moyen essentiellement informel pour la Commission d'essayer d'amener un État membre à se conformer à ses obligations en droit européen avant la phase administrative. Malgré son succès

[21] Dans l'affaire CJUE, 8 juillet 2019, C-543/17 Commission c. Royaume Belgique (ECLI:EU:C:2019:573) la Cour a précisé par quelles mesures les états membres doivent remplir leur obligations d'information concernant la transposition d'une directive. Elle a souligné que « cette communication doit donc contenir des informations suffisamment claires et précises quant au contenu des normes nationales qui transposent une directive. Ainsi, cette communication, qui peut être accompagnée d'un tableau de correspondance, doit indiquer sans ambiguïté quelles sont les mesures législatives, réglementaires et administratives au moyen desquelles l'État membre considère avoir rempli les différentes obligations que lui impose cette directive. Or, en l'absence d'une telle information, la Commission n'est pas en mesure de vérifier si l'État membre a réellement et complètement mis la directive en application ». Il resort de cette argumentation que la non-fourniture de certaines informations, comme d'un tableau de correspondance par exemple, va être considéré comme non-trasposition.

[22] Le fait que le délai de réponse soit généralement de deux mois n'est donné qu'à titre indicatif sur le site web de la Commission: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_fr (consulté le 30.12.2022).

[23] Voir, pour la Hongrie la phase précontentieuse de l'affaire C-179/14 *Commission c. Hongrie* (l'émission de bons de vacances, loisirs et repas chauds et froids), de l'affaire C-66/18 *Commission c. Hongrie* (Enseignement supérieur), les affaires jointes C-715/17 *Commission c. Pologne,* C-716/17 *Commission c. Hongrie* et C-717/07 *Commission c. République tchèque etc.* De même, la Commission a accordé au Royaume-Uni un délai d'un mois dans le cadre de sa procédure pour violation de l'accord de retrait.

[24] Ordonnance de la vice-présidente de la Cour du 14 juillet 2021, C 204/21 R *Commssion c. Pologne* (EU:C:2021:593).

[25] Ordonnance de la vice-présidente de la Cour du 27 octobre 2021, C 204/21 R *Commission c. Pologne* (EU:C:2021:878).

[26] 'A Europe of results' [COM(2007)502].

initial, la Commission a indiqué clairement dans son rapport annuel sur l'application du droit européen en 2018[27] que le recours à *EU Pilot* ne devrait pas ajouter une longue étape à la procédure d'infraction. Elle a déclaré qu'elle envisage dans le futur de lancer des procédures d'infraction sans recourir au mécanisme *EU Pilot,* à moins que le recours à *EU Pilot* ne soit jugé utile dans un cas donné.[28] Les rapports ultérieurs et les communications de la Commission montrent que cette dernière a explicitement cherché une place pour ce mécanisme après 2018. Dans son rapport 2021, elle a constaté que le dialogue *EU Pilot* s'est révélé utile dans les cas où une solution rapide dans un court délai semble réalisable ou lorsque la Commission entend recueillir les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.[29] La nouvelle communication de la Commission de 2022 ne montre plus aucun signe de rupture avec le mécanisme *EU Pilot,* mais plutôt que la Commission entend utiliser cet instrument de manière efficace, et en particulier dans les cas techniques ou pour lesquels la coopération informelle promet une solution plus rapide. Elle n'est pas utilisée lorsque la violation est bien démontrée, évidente ou reconnue par l'intéressé lui-même, ni pour des questions plus sensibles où les discussions au niveau technique ont moins de chances d'aboutir à un résultat positif.[30]

III. Nouveaux types d'infractions – émancipation des principes généraux et des droits fondamentaux

Non seulement l'encadrement de la procédure a changé, mais en même temps de nouveaux types d'infractions sont apparus, quelques-uns seulement progressivement, pas à pas. Cette approche prudente signifie que les procédures de test par lesquelles la Commission trace la voie pour de nouveaux types d'infraction n'atteignent en général pas la phase contentieuse, elles sont clotûrées à un stade plus précoce et ce n'est que quelques années et quelques procédures plus tard qu'une affaire va finalement être tranchée par la Cour. La décision contre la France pour la violation de l'obligation de renvoi par le Conseil d'Etat était aussi précédée de recours en manquement contre d'autres états, lesquels étaient finalement classés.

Nous pouvons observer ce phénomène plus récemment dans le cas des décisions des cours constitutionnelles qui ont déclenché des procédures d'infraction. Les

[27] *Monitoring the application of European Union law 2018 Annual Report,* Part I: general statistical overview, 2018.
[28] Alors qu'en 2014 elle a lancé 1208 cas pilotes, 526 en 2016, en 2018, elle n'a en fait lancé que 110 cas. et en 2021 246. Toutefois, ce nombre a recommencé à augmenter en 2020 (212 cas) et 2021 (246 cas) et la Commission est apparemment revenue à une utilisation plus active du mécanisme pilote.
[29] *Monitoring the application of European Union law 2021 Annual Report,* Part I: general statistical overview, 2021, 25.
[30] COM(2022)528 final, 19.

décisions des gardiens de la constitutionnalité – même si elles ont été critiquées – n'ont pas jusqu'à présent provoqué l'action de la Commission. Il est également vrai que les réserves constitutionnelles, jusqu'alors essentiellement conditionnelles et flottantes, ne sont devenues un véritable rejet de la primauté du droit communautaire qu'en mai 2020. C'était effectivement ce mois-là que la cour constitutionnelle allemande a rendu un acte de la Banque centrale européenne relatif au programme d'achats d'actifs du service public et l'arrêt de la Cour de justice approuvant la validité de cet acte comme *ultra vires*. Suite à la décision des juges constitutionnels ces mesures étaient donc dépourvues d'effet en Allemagne. Lors de la conférence de presse tenue le lendemain du prononcé de l'arrêt, le porte-parole de la Présidente de la Commission a très explicitement annoncé que l'Union envisagerait la possibilité d'entamer une procédure d'infraction contre l'Allemagne. La procédure administrative a en effet commencé en juin 2021 pour violation des principes fondamentaux du droit de l'Union en particulier les principes d'autonomie, de primauté, d'effectivité et d'application uniforme du droit de l'Union, ainsi que le respect de la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne en vertu de l'article 267 TFUE.[31] Par ce dernier argument la Commission a repproché à la cour constitutionelle d'avoir ignoré la décision de la Cour qu'elle a rendue à sa propre demande.[32] Mais les efforts de la Commission n'ont pas poussé l'affaire très loin : en décembre 2021 la Commission a cloturé la procédure en affirmant qu'elle se contentait des engagements fermes pris par les autorités allemandes pour le respect des pincipes constitutifs de l'Union, des valeurs énoncées à l'article 2, TUE et de l'autonomie de la Cour de justice. De plus le gouvernement allemand s'engageait à utiliser tous les moyens à sa disposition pour éviter, à l'avenir, la répétition d'une constatation de situation *ultra vires* et à jouer un rôle actif à cet égard.[33] La procédure contre l'Allemagne peut être considérée comme une procédure test, un précurseur de la procédure suivante, celle contre la Pologne ouverte en décembre 2021 à cause de la décision de sa cour constitutionnelle du 8 octobre 2021.[34] Cette décision est allée plus loin que celle de son homologue allemand en remettant en cause le principe de la primauté de manière générale et trouvant certains articles du traité TUE incompatible avec la Constitution polonaise. Dans la lettre de mise en demeure les mêmes reproches avaient été formulés contre la Pologne et contre l'Allemagne. Mais cette deuxième procédure – contrairement à la procédure de test – est en fait entrée dans sa deuxième phase, un avis motivé avait

[31] Communiqué de presse du 21 juin 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/INF_21_2743 (consulté le : 30.12.2022).
[32] CJUE, 11 décembre 2018, C-483/17 Weiss (ECLI:EU:C:2018:1000).
[33] Communiqué de pesse du 2 décembre 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/inf_21_6201 (consulté le : 30.12.2022).
[34] J. Ziller, Commission européenne c. Cour constitutionnelle : les procédures d'infraction contre l'Allemagne et contre la Pologne sont-elles comparables ?, *Justice en ligne,* 19.11.2021., https://www.justice-en-ligne.be/Commission-europeenne-c-Cour (consulté le : 30.12.2022).

été adressé au gouvernement polonais en juillet 2022. Une saisine peut donc suivre très bientôt.

La primauté du droit européen n'est pas le seul principe fondamental du droit européen la violation duquel est apparu dans les griefs plaidés par la Commission ces dernières années. Le non-respect du principe de la coopération loyale ou du principe de la solidarité était également invoqué, soulévé. Le premier se retrouve assez souvent dans des recours en manquement mais ces recours étaient rarement axés sur lui. Récemment il apparaît dans une procédure contre la Slovénie concernant des documents liés à l'accomplissement des missions du Système européen de banques centrales et de l'Eurosystème et de l'inviolabilité des archives de la BCE.[35] Cette affaire est d'autant plus intéressante que la violation du principe de la coopération loyale était le grief principal et non seulement un grief secondaire ce qui montre une tendence à l'émancipation des principes structurels du droit européen. Tandis que la violation alléguée du principe de la solidarité était soulevée par l'Avocate général Sharpston dans ses conclusions dans les affaires concernant le non respect du règlement sur l'afflux soudain de ressortissants de pays tiers sur le territoire de certains États membres qui seront cités plus tard.[36]

Un processus d'émancipation similaire peut être observé pour certaines dispositions de la Charte des droits fondamentaux au cours des dernières années. Depuis que la Charte s'est dotée de force contraignante en 2009, ses articles étaient souvent invoqués par la Commission dans ses griefs en combinaison avec les dipositions spécifiques du droit primaire ou dérivé. Poutant, comme le souligne l'Avocat général dans ses conclusions dans l'affaire C-235/17 Commission c. la Hongrie, cette affaire était « la première d'une série de recours dans lesquels la Commission demande à la Cour, dans un premier grief, de se prononcer sur la compatibilité d'une réglementation d'un État membre avec les libertés de circulation garanties par le traité FUE puis, dans un grief distinct, un examen de la même réglementation au titre de la Charte ».[37] Il fait remarquer que la Commission a sollicité d'obtenir un constat autonôme de manquement à la Charte hors de la mise en oeuvre du droit européen ou de l'invocation d'une justification pour défendre sa dérogation d'une liberté fondamentale dans les domaines où la Charte était applicable en vertue de son article 51.[38] Pourtant la position de l'Avocat général était ferme sur ce point : un tel examen n'est pas possible, voir il serait « une dénaturation de la jursiprudence constante de la Cour ».[39] Dans leur article

[35] CJUE, 17 décembre 2020, C-316/19 *Commission c. Slovénie* (ECLI:EU:C:2020:1030). Voire, Prete et Smulders, The Age of Maturity of Infringement Procedures, 292.

[36] Conclusions de l'Avocate générale Eleanor Sharpston dans les affaires jointes C-715/17 *Commission c. Pologne,* C-718/17 *Commission c. Hongrie,* C-719/17 *Commission c. République tchèque* (ECLI:EU:C:2019:917).

[37] Ibid., 36., paragraph 65.

[38] Ibid., 36., paragraph 75.

[39] Ibid., 36., paragraph 95.

Prete et Smulders offrent un panorama des affaires qui s'inscrivent dans cette série de recours analysant la seule affaire à ce jour où finalement certaines dispositions de la Charte étaient tout de même examinées par la Cour à leur propre droit.[40] Dans l'affaire C-66/18 Commission contre la Hongrie c'étaient la liberté des arts et des sciences, la liberté de créer des établissements d'enseignement et la liberté d'entreprise, qui étaient finalement examinées idépendamment des violations du droit substantiel.[41]

La possibilité d'invoquer la violation du principe de l'État de droit inscrit dans l'article 2 TUE est étroitement liée à ce phenomène d'émancipation des principes généraux et à l'individualisation des droits fondamentaux. Pourtant pendant très longtemps on ne retrouve pas cette notion parmi les griefs présentés dans ces affaires, mêmes si ces affaires étaient dans le discours public clairement associées au principe de l'État de droit. De plus, très souvent elles étaient plutot liées aux libertés économiques ou à d'autres dispostitions classiques des traités (comme par example l'article 72, TFUE).

Cet aspect a également été souligné par Avocat général Sharpston dans une de ses dernières conclusions rendue dans les procédures d'infraction contre la République tchèque, la Pologne et la Hongrie concernant le manquement de ces États à mettre en oeuvre le règlement sur l'afflux soudain de ressortissants de pays tiers sur le territoire de certains États membres. Dans ses conclusions elle considérait qu'au delà de la violation de certains articles spécifiques du traité les affaires pendantes soulevaient « des interrogations fondamentales sur les paramètres de l'ordre juridique de l'Union et des devoirs incombant aux États membres ».[42] Elle a nommé trois constituants relevant de ces catégories : le principe de l'État de droit, l'obligation de coopération loyale et le principe de solidarité et elle a pocédé à leur examen malgré le fait que la Commission n'a pas formulé une telle demande dans son recours. Dans cet examen elle a donné un sens large à la notion de l'État de droit. Selon elle le respect de l'État de droit implique de se conformer à ses obligations et écarter ces obligations « constitue un premier pas dangereux vers l'anéantissement d'une société ordonnée et structurée régie par l'État de droit ».[43]

La première affaire où la violation du principe de l'État de droit était en effet plaidée par la Commission, fût lancée en 2018 et concernait le fonctionnement des chambres disciplinaires à la cour suprême polonaise.[44] Dans cette affaire et dans les affaires suivantes, l'État de droit était vu à travers le prisme de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa TUE[45] qui a pour but de garantir une protection juridictionnelle effective

[40] Ibid., 14., 290–293.
[41] CJUE, 6 décembre 2020, C-66/18 *Commission c. Hongrie* (ECLI:EU:C:2020:792).
[42] Ibid., 36., paragraph 238.
[43] Ibid., 36., paragraph 241.
[44] CJUE, 5 novembre 2019, C-192/18 *Commission c. Pologne* (ECLI:EU:C:2019:924).
[45] Selon ce libellé « Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

dans les domaines couverts par le droit de l'Union et qui – selon la Cour – visait aussi à concrétiser la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2, TUE.[46] Dans son arrêt dans l'affaire C-791/19, Commission c. la Pologne la Cour a estimé que c'était au prix d'une régression de la protection de la valeur de l'État de droit dans cet État membre que la Pologne a manqué aux obligations de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE.[47] Dans cette lecture, la violation de l'État de droit est le corollaire d'une violation primaire du traité. Pareillement, dans l'affaire C-619/18, Commission c. la Pologne l'État de droit apparaissait comme une valeur, dont la protection doit être garantie par le respect de exigence d'indépendance des juridictions en vertue de l'article 19, TUE.

Pour mieux démontrer combien la Commission avait été prudente de baser ses recours directement sur les éléments constitutifs du principe de l'État de droit, il suffit de comparer les griefs et les plaintes présentés dans deux affaires similaires introduites à six ans d'intervalle. Toutes les deux affaires – l'une contre la Hongrie introduite en 2012[48] et l'autre contre la Pologne déposée en 2018[49] – concernaient l'abaissement immédiat de l'âge du départ à la retraite des juges, dans le premier cas par huit ans, dans le deuxième par cinq ans. Il est vrai que l'affaire polonaise était plus nuancée étant donné qu'elle n'affectait que les juges de la cour suprême et que la nouvelle législation prévoyait la possibilité au Président de la République d'autoriser de continuer à y exercer ses fonctions. En dépit du fait qu'à l'exception de ces différences mineures les circonstances des deux affaires étaient similaires, la Commission a cherché à faire constater une infraction au droit communautaire sur une base juridique différente et en se fondant sur une infraction différente.

Dans la procédure contre la Hongrie c'était uniquement la directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, donc un instrument du droit dérivé, dont la violation était repprochée à l'État et aucun aspect associé aux valeurs figurant dans l'article 2, TUE n'était soulevé ou même mentionné. Cependant dans l'affaire polonaise où la législation avait été adoptée avec la même célérité la directive n'était pas invoquée. Au contraire, on y trouve l'article 19, TUE et l'article 47 de la Chartre ainsi que la protection juridictionnelle effective uniquement bien sûr dans les domaines couverts par le droit de l'Union, les principes d'inamovibilité et d'indépendance des juges et l'État de droit. Des griefs qui n'étaient pas présentés dans l'affaire hongroise. On témoigne donc un passage du droit dérivé technique et spécifique vers les principes de substance variable.

[46] Ibid., 44., paragraph 98.
[47] Ibid., 44., paragraph 113.
[48] CJUE, 6 novembre 2012, C-286/12 *Commission c. Hongrie* (ECLI:EU:C:2012:687).
[49] CJUE, 11 juillet 2019, C-619/18 *Commission c. Pologne* (ECLI:EU:C:2019:615).

IV. Un effet stimulant des nouveaux types de procédures d'infraction sur les renvois préjudiciels

Le recours plus fréquent à l'article 19 TUE par la Commission dans les procédures d'infraction avait un effet stimulant sur les procédures préjudicielles, il a provoqué un afflux des renvois provenant, d'une part des pays qui n'étaient pas touché par les procédures d'infraction concernant les techniques et les pratiques de la nomination et de la délégation des juges ou leur habilitation, et d'autre part des pays ciblés par telles procédures mais où les tribunaux relevaient d'autres aspects que ceux déjà examinés. Un renvoi maltais, un renvoi polonais et deux groupes de renvois roumains peuvent être inclus dans ces références. Trois des quatre saisines ont abouti, car elles ont démontré l'incompatibilité de certaines règles ou pratiques nationales avec le droit de l'UE, en réponse aux questions posées par le juge national. Cela signifie que ces affaires ont eu le même impact, en termes de résultat, que les jugements rendus dans les procédures d'infraction. L'affaire C-896/19, *Repubblika* qui concernait la pratique de la nomination des juges à Malte est la seule dans laquelle la législation nationale avait été approuvée. La Cour a jugé que l'article 19, TUE ne s'oppose pas à des dispositions nationales qui confèrent au Premier Ministre de Malte un pouvoir décisif dans le processus de nomination des juges, tout en prévoyant l'intervention, dans ce processus, d'un organe indépendant chargé, notamment, d'évaluer les candidats à un poste de juge et de fournir un avis à ce Premier ministre. L'affaire C-83/19 *Asociația « Forumul Judecătorilor din România »* et les six affaires jointes concernant les mêmes questions et envoyées par les juridictions roumaines relatives à la responsabilité personnelle des juges au titre des dommages causés par une erreur judiciaire. Dans cette affaire la référence a abouti en non-conformité. La Cour a trouvé que l'article 19, TUE ne s'oppose pas à une réglementation qui régit cette responsabilité et définit la notion d'« erreur judiciaire » en des termes généraux et abstraits. Pourtant il s'oppose à une réglementation qui prévoit que le constat de l'existence d'une erreur judiciaire s'impose dans le cadre de la procédure liée à une action persecutoire qui ne comporte pas, d'une manière générale, les garanties nécessaires pour éviter qu'une telle action soit utilisée comme instrument de pression sur l'activité juridictionnelle et pour assurer le respect des droits de la défense du juge concerné afin que se trouve écarté, tout doute légitime, dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité des juges à l'égard d'éléments extérieurs susceptibles d'orienter leurs décisions et exclue une absence d'apparence d'indépendance ou d'impartialité de ces juges de nature à porter atteinte à la confiance que la justice doit inspirer à ces mêmes justiciables dans une société démocratique et un État de droit. Dans cette décision, il y a une référence claire à l'État de droit, mais elle est présentée comme une composante des principes protégés par l'article 19, sans référence spécifique à l'article 2 TUE dont

l'interprétation n'avait pas été sollicité. Dans un autre renvoi des juridctions roumaines qui date de 2021 la Cour était déjà invitée à interpréter l'article 19 en combinaison avec l'article 2 TEU (sur les valeurs de l'Union parmi lesquelles figure l'État de droit) et l'article 4 (coopération loyale) en relation des deux normes nationaux liés. Une partie de ces dispositions impliquait que les juridictions d'un État membre ne sont pas habilitées à examiner la compatibilité avec le droit de l'Union d'une législation nationale que la cour constitutionnelle a jugée conforme à une disposition constitutionnelle nationale et l'autre partie de ces normes permettait d'engager la responsabilité disciplinaire d'un juge national qui a appliqué le droit de l'Union en s'écartant d'une jurisprudence de la cour constitutionnelle de l'État membre concerné incompatible avec le principe de primauté du droit de l'Union. Dans l'affaire C-430/21 *RS* elle a trouvé que les articles invoqués ne tolèrent pas de telles règles ou pratiques nationales. Il est important de souligner que les dispositions nationales examinées dans les deux décisions préjudicielles roumaines n'ont pas été soumises à la Cour sous la forme de procédures d'infraction, et que leur incompatibilité a donc été déclarée à la demande de la juridiction nationale. En outre, le fonctionnement du système judiciaire roumain n'a généralement pas fait l'objet de procédure d'infraction. Le revoi par un juge était donc le seul moyen de faire juger ces questions par la Cour. Enfin, la Cour a été saisie d'une autre question concernant la nomination des juges polonais, cette fois était prévue la possibilité du ministre de la Justice de déléguer des juges auprès de juridictions de degré supérieur et de révoquer ces délégations. Dans les affaires jointes C-748/19 à C-754/19 l'article 19 TUE, de nouveau à la lumière de l'article 2 TUE, la Cour avait estimé qu'il y avait opposition aux dispositions nationales pertinentes.

Les cas présentés ci-dessus illustrent que le changement d'attitude de la Commission dans les procédures d'infraction peut en effet être perçu dans les renvois effectués par les juges nationaux, la procédure préjudicielle pouvant devenir une sorte de voie juridique parallèle, qui suit, pour ainsi dire, le changement de direction dans les procédures d'infraction.

V. Intensification des procédures État membre contre État membre

L'article 259, TFUE permet à un État membre d'engager une procédure d'infraction contre un autre État membre. Toutefois, l'introduction d'une telle action n'est pas inconditionnelle. En vertue du même article, avant qu'un État membre n'introduise, contre un autre État membre, un recours fondé sur une prétendue violation des obligations qui lui incombent en vertu des traités, il doit en saisir la Commission. La Commission examinera les arguments avancés par l'État membre plaignant et, si elle les juge fondés, reprendra la procédure et l'ouvrira de son propre chef. Si la Commission

émet un avis négatif, c'est-à-dire qu'elle conclut qu'il n'y a pas eu de violation des obligations, l'État membre est libre à décider d'intenter ou non l'action contre l'autre État membre. La conditionnalité de la procédure est l'une des raisons pour lesquelles, dès le début, peu d'États membres ont décidé de saisir eux-mêmes la Cour de justice lorsque la Commission n'a pas repris la procédure. Jusqu'en 2004, la Cour a été saisie de deux affaires de ce type au total, en 1978 et en 1985.[50] Toutefois, depuis 2004, quatre affaires de ce type ont été introduites, puis entre 2010 et 2018, trois États ont engagé une action contre un autre État membre devant la Cour de justice.[51]

L'expérience montre que les États membres ont commencé à utiliser cet instrument juridique, non sans succès. Alors que, dans les cas précédents, l'arrêt de la Cour confirmait l'appréciation juridique de la Commission et ses raisons de ne pas poursuivre l'affaire, dans le cas de l'affaire C-591/17 opposant l'Autriche à l'Allemagne au sujet de la redevance d'utilisation des infrastructures pour les véhicules automobiles particuliers, le plaignant a obtenu gain de cause. Cette victoire pourrait préfigurer la possibilité que les États membres décident d'engager encore plus de procédures d'infraction à l'avenir, malgré l'éventuelle réticence de la Commission.

VI. Le recours effectif aux sancions financières

La méthamorphose des procédures d'infraction ne peut pas être mieux illustrée qu'en présentant les chiffres soutenant l'efficacité des sanctions financières depuis l'arrêt Commission contre la France en 2005 qui a dévoilé le potentiel de ces sanctions. Tandis qu'entre 1993 et 2005 la Commission n'a sollicité l'astreinte qu'à deux reprises, l'arrêt confirmant la possibilité d'infliger les deux types de sanctions en même temps, a largement changé l'approche de la Commission. Dans sa Communication de 2005 sur la mise en œuvre de l'article 228 du traité CE[52] elle s'engage à abandonner sa pratique de ne pas demander à la Cour le paiement d'une somme forfaitaire dans les cas ou l'État se conforme finalement à l'arrêt rendu au cours de la procédure l'article 258 TFUE mais avant que l'arrêt en vertue de l'article 260 du traité TFUE soit prononcé. La Commission estimait que sans recourir à l'astreinte, les régularisations tardives avant le deuxième

[50] CJCE, 4 octobre 1979, 141/78 *France c. Royaume Uni* (ECLI:EU:C:1979:225) ; CJCE, 16 mai 2000, C-388/95 *Royaume Belgique c. Royaume Espagne* (ECLI:EU:C:2000:244).

[51] CJUE, 12 septembre 2006, C-145/04 *Espagne c Royaume Uni* (ECLI:EU:C:2006:543) ; CJUE, 16 octobre 2012, C-364/10 *Hongrie c. République Slovaque* (ECLI:EU:C:2012:630) ; CJUE, 18 juin 2019, C-591/17 *République d'Autriche contre République fédérale d'Allemagne* (ECLI:EU:C:2019:504) ; CJUE, 31 janvier 2020, C-457/18 *République de Slovénie contre République de Croatie* (ECLI:EU:C:2020:65).

[52] SEC/2005/1658.

arrêt n'entraînent aucune sanction et ne sont dès lors pas efficacement découragées.[53] Pour éviter de telles situation, la Commission déclare qu'elle accompagnera ses requêtes à la Cour, de l'indication écrite d'une astreinte par jour de retard postérieur à l'arrêt rendu en vertu de l'article 258, et du paiement d'une somme forfaitaire sanctionnant la continuation de l'infraction entre le premier arrêt en manquement et l'arrêt rendu en vertu de l'article 260.[54] De plus, elle n'excluait pas la proposition, dans des cas très particuliers, du paiement d'une seule somme forfaitaire.[55] Cela peut être pertinent dans les cas où la régularisation par l'État membre a eu lieu après la saisine de la Cour et avant l'arrêt rendu au titre de l'article 260, TFUE.

Le tableau suivant montre le changement d'attitude de la Commission après 2005 et le recours plus fréquent, voire régulier aux sanctions, souvent appliquées par la Cour simulatannément. Il faut pourtant souligner que la Cour est tout à fait libre à déterminer le type et le montant des sanctions même si la proposition de la Commission a un effet considérable sur cette décision.

Tabelle 1. Sanctions financières imposées par la Cour de justice dans les procédures d'infraction

Année	Immatriculation de l'affaire	Type et montant de la sanction imposée
2006	C-177/14, Com/France	astreinte journalière – 31 650 EUR
2008	C-70/06, Com/Portugal	astreinte journalière – 19 392 EUR
2009	C-568/07, Com/Grèce	somme forfaitaire – 1 million EUR
2009	C-369/07, Com/Grèce	astreinte journalière – 16 000 EUR
2009	C-109/08, Com/Grèce	somme forfaitaire – 3 millions EUR
2011	C-407/09, Com/Grèce	somme forfaitaire – 3 millions EUR
2011	C-496/09, Com/Italie	somme forfaitaire – 30 millions EUR
2012	C-374/11, Com/Irlande	astreinte journalière – 12 000 EUR + somme forfaitaire – 2 millions EUR
2012	C-279/11, Com/Irlande	somme forfaitaire – 1,5 millions EUR
2012	C-610/10, Com/Espagne	astreinte journalière – 50 000 EUR + somme forfaitaire – 20 millions EUR

[53] Par. 10.1. de la Communication de la Commission.
[54] Par. 10.3. de la Communication de la Commission.
[55] Par. 10.5. de la Communication de la Commission.

Année	Immatriculation de l'affaire	Type et montant de la sanction imposée
2013	C-270/11, Com/Suède	somme forfaitaire – 3 millions EUR
2013	C-241/11, Com/R. Tchèque	somme forfaitaire – 250 000 EUR
2014	C-196/13, Com/Italie	astreinte par semestre – 42 millions EUR + somme forfaitaire – 40 millions
2014	C-378/13, Com/Grèce	astreinte par semestre – 14 millions EUR + somme forfaitaire – 10 millions EUR
2014	C-76/13, Com/Portugal	astreinte journalière – 10 000 EUR + somme forfaitaire – 3 millions EUR
2014	C-184/11, Com/Espagne	somme forfaitaire – 30 millions EUR
2014	C-243/13, Com/Suède	astreinte journalière – 4000 EUR + somme forfaitaire – 2 millions EUR
2015	C-167/14, Com/Grèce	somme forfaitaire – 3 600 000 millions EUR
2015	C-653/13, Com/Italie	astreinte journalière – 120 000 EUR + somme forfaitaire – 20 millions EUR
2016	C-584/11, Com/Grèce	astreinte journalière – 30 000 EUR + somme forfaitaire – 10 millions EUR
2016	C-557/14, Com/Portugal	astreinte journalière – 5000 EUR + somme forfaitaire – 3 millions EUR
2018	C-328/16, Com/Grèce	astreinte par semestre – 3 276 000 EUR + somme forfaitaire – 5 millions EUR
2018	C-626/16, Com/Slovaquie	astreinte journalière – 5000 EUR + somme forfaitaire – 1 million EUR
2018	C-93/17, Com/Grèce	astreinte par semestre – 7 294 000 EUR + somme forfaitaire – 10 million EUR
2018	C-205/17, Com/Espagne	astreinte par semestre – 10 952 000 EUR + somme forfaitaire – 12 million EUR
2018	C-241/11, Com/R. Tchèque	somme forfaitaire – 250 000 EUR
2018	C-251/07, Com/Italie	astreinte par semestre – 10 952 000 EUR + somme forfaitaire – 12 million EUR
2019	C-549/18, Com/Roumanie	somme forfaitaire – 3 millions EUR
2019	C-550/18, Com/Italie	somme forfaitaire – 3 millions EUR

Année	Immatriculation de l'affaire	Type et montant de la sanction imposée
2019	C-576/18, Com/Italie	astreinte journalière – 80 000 EUR + somme forfaitaire – 7 500 000 EUR
2019	C-261/18, Com/Irlande	astreinte journalière – 15 000 EUR + somme forfaitaire – 5 millions EUR
2020	C-842/19, Com/Belgique	somme forfaitaire – 2 millions EUR
2020	C-298/19, Com/Grèce	somme forfaitaire – 3 500 000 EUR
2021	C-658/19, Com/Espagne	astreinte journalière – 89 000 EUR + somme forfaitaire – 15 millions EUR

Le tableau montre bien que le nombre des arrêts adoptés sur la base de l'article 260, TFUE varie chaque année entre un et six. On y retrouve toutes sortes de combinaisons: imposition simultanée des deux sanctions, imposition d'une astreinte encouragant l'État en défaut de se conformer au droit européen le plus vite possible et imposition d'une somme forfaitaire punissant l'État. Entre 2006 et 2021 la somme forfaitaire comme sanction unique était appliquée à dix reprises. Dans ces cas l'infraction était déjà interrompue par l'État où elle était de telle nature à ne pas rendre possible l'exécution de la décision. L'astreinte à la double sanction a eu lieu à dix sept reprises. Le pays le plus concerné par les sanctions en général était la Grèce par dix condamnations, suivie par l'Italie avec six décisions. Avec cette intensité d'application, les sanctions remplissent très certainement leur rôle dans la prévention des futures violations, et replissent leur effet clairement dissuasif.

Un autre aspect important des sanctions est que la possibilité de sanctions immédiates en cas de non-transposition – imposition donc des sanctions dès le premier jugement –, introduite par le traité de Lisbonne, est devenue ces dernières années une pratique commune. Elle a été appliquée pour la première fois en 2019, dans l'affaire contre la Belgique mentionnée ci-dessus, en donnant une interprétation très large à l'absence de transposition. La Cour a précisé que le régime de sanction de l'article 260, paragraphe 3, TFUE peut également être appliqué en cas de manquement partiel à l'adoption et à la communication des mesures de transposition. Après, deux arrêts du même type ont été rendus en 2021 et de nouveau en 2020.[56] Dans ces dernières affaires, les défendeurs s'étaient entre-temps conformés à leurs obligations de transposition, mais la Cour leur a néanmoins imposé une amende forfaitaire. La Cour de justice a souligné qu'une somme forfaitaire ne cesse pas de produire ses effets du seul fait que

[56] CJUE, 25 février 2021, C-658/19 *Com c. Royaume Espagne* (ECLI:EU:C:2021:138) ; CJUE, 12 février 2021, C-628/18 *Com c. Slovénie* (ECLI:EU:C:2021:1) ; CJUE, 16 juillet 2020, C-550/18 *Com c. lrlande* (ECLI:EU:C:2020:564) ; CJUE, 16 juillet 2020, C-549/18 *Com. c. Roumanie* (ECLI:EU:C:2020:563).

la partie défenderesse, après l'introduction de l'action, s'est conformée à l'obligation d'information.[57]

VII. Conclusions

La transformation des procédures d'infraction présente de multiples facettes. Le fait que la procédure soit utilisée pour sauvegarder les valeurs de l'article 2, TUE, parmi lesquelles le principe de l'état de droit est une des valeurs à observer, est juste l'un de ses visages. D'autres initiatives et préoccupations visant à rendre la procédure plus efficace, plus démocratique, plus transparente et plus dissuasive contribuent aussi à sa métamorphose.

[57] *Monitoring the application of European Union law 2020 Annual Report,* 29.

Pol, Eve*

Le principe de l'identité constitutionnelle et la remise en question de la déférence au droit de l'Union

Abstract

This article discusses various reactions related to legal sovereignty deployed by several supreme courts from Member States of the European Union. It focuses on the French Constitutional Council's decision from 2006 that created a new jurisprudential concept: "inherent principles from the French constitutional identity". This implies that, in order to transpose directives or regulations into domestic law, it is first necessary to amend the national constitution. These principles are given concrete expression in the outcome of the "application for a priority preliminary ruling on the issue of constitutionality" from 21 October 2021 entitled *Société Air France*. This study reveals that even though the supremacy of the principles of European law is guaranteed by the European Union Treaty, the domestic supreme courts want to remain legally sovereign with the option of overriding European Union law with national constitutions. The national supreme courts want to remain the permanent guardians of their fundamental laws. The European Union is thus challenged to tolerate these emancipatory impulses while ensuring the maintenance of maximum integration in its Member States.

Keywords: rule of law, European Union, constitutional identity, legal sovereignty, European integration, rule or principle inherent in France's constitutional identity, application for a priority preliminary ruling on the issue of constitutionality

La liberté, c'est bien là le socle de l'État de droit. La liberté ne peut être maintenue que grâce aux garde-fous que bâtissent nos cours constitutionnelles et plus largement nos constitutions. Ceux qui exercent les libertés sont non seulement bénéficiaires et rentiers

* Pol, Eve, Docteur en droit de la Faculté de Droit et Sciences Politiques Aix Marseille Université (France), Enseignante chercheuse invitée, Faculté de Droit ELTE Université Budapest (Hongrie).

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.4.55

des libertés, mais ils en sont également les vigilants gardiens. Surtout lorsque s'ouvre une ère (pas si nouvelle) où les atteintes à l'État de droit semblent vouloir se multiplier.[1]

Et pourtant tout avait si bien commencé… Au crépuscule de la seconde guerre mondiale, la tendance universaliste, la promotion de l'État de droit, la vigueur contre le colonialisme et l'accélération du passage aux droits de l'homme étaient autant de preuves d'une affirmation démocratique.

A l'échelle européenne c'est l'intégration pas à pas, grâce aux pionniers de l'Union qui semblait traduire au mieux la progression de l'État de droit. Mais c'est sans compter avec l'émergence des difficultés qu'apportent les crises globales contemporaines. La crise sécuritaire résultant du terrorisme surtout depuis 2001, les crashs économiques et financiers comme en 2007 avec la faillite de Lehman Brothers, la crise des *subprimes,* la crise migratoires depuis 2012, et la crise sanitaire bien sur depuis 2019. Sur le plan politique on constate déjà une résurgence des nationalismes à la chute de l'URSS, puis une disposition croissante à l'euroscepticisme dont le Brexit de 2016 constitue l'acmé.

L'ensemble de ces rebonds s'accompagne d'une résurgence du souverainisme légal. Qu'on le déplore ou qu'on s'en réjouisse, on voit émerger une résistance à la toute-puissance du droit européen et en particulier contre la jurisprudence de la cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

Le 7 octobre 2021, le tribunal constitutionnel de Pologne rendait une décision qui provoqua le saisissement sinon la fureur de Bruxelles et des classes politiques européennes. En substance, la cour suprême polonaise déclarait contraires à la constitution qu'elle défend, trois articles issus du traité de l'union européenne remettant en cause, la primauté du droit de l'union sur son droit interne.

Mais la réaction souverainiste polonaise[2] est loin d'être isolée dans l'Union.[3] Dans le même sens, les cours constitutionnelles Allemande, Danoise et Italienne, avaient, certes avec plus de souplesse, déjà défié la primauté du droit européen sur leurs lois fondamentales internes.

Alors qu'en est-il en France ? Alors même que la France s'incarne (ou s'incarnait ?) comme un des pays bâtisseur de l'intégration européenne, sa cour suprême semble s'attacher à toujours offrir des moyens de contrecarrer la suprématie du droit européen (dans les années soixante dix déjà, puis plus récemment dans les années 2000).

[1] E. Dubout, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ?, (2010) 3 (83) *Revue française de droit constitutionnel,* 451–482., https://doi.org/10.3917/rfdc.083.0451

[2] O. de France et M. Verzeroli, Contestations démocratiques, désordre international ?, (2017) 2 (106) *Revue internationale et stratégique,* 41–50., https://doi.org/10.3917/ris.106.0041

[3] D. Dakowska, L'Europe centrale à l'heure du repli souverainiste, (2017) (5) *Études,* 19–30.

Le conseil constitutionnel a su progressivement accroître son arsenal pour affronter avec flegme le débat sur la supériorité du droit communautaire sur le droit national.[4]

En ce sens il faut examiner, même brièvement, les décisions rendues par les juges de la rue de Montpensier en 2004 puis en 2006, qui ont participé à l'élargissement de la gamme des instruments de contrôle du conseil.[5]

La décision du 10 juin 2004 retient certes l'incompétence de la cour constitutionnelle pour analyser la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui appliquent des directives d'effet direct, mais elle assure que son contrôle pourrait néanmoins s'opérer pleinement si la loi de transposition contenait une *« disposition expresse contraire à la Constitution »*.

Quant à la décision du 27 juillet 2006, qui nous intéresse plus encore, elle a donné lieu à la création d'une nouvelle notion : *les principes inhérents à l'identité constitutionnelle française* qui impliquent que, pour transposer les directives ou règlements en droit interne, il faudra au préalable modifier la constitution. Ces PIICF (puisque les constitutionnalistes raffolent des acronymes mêmes les plus indigestes) pourraient s'analyser de la même manière que nos PFRLR, ou PGD, soit comme une nouvelle source du droit. Ces principes sont donc de nature quasi supra-européenne, sauf que le juge constitutionnel, même en ayant repris cette formulation à plusieurs occasions, n'en a jamais dégagé un seul. Le Conseil d'Etat a, en parallèle, suivi un raisonnement comparable notamment lorsque le droit français offre plus de garanties que le droit européen[6] (Arrêt *Société Arcelor Lorraine* 2007 et arrêt *France data network* 2021). À l'occasion de ces arrêts la doctrine s'interroge quand à la nature concrète de ces principes. Cette interrogation n'a rien d'inédit si l'on considère les précisions déjà fournies par le juge administratif sur la méthode d'identification de l'identité constitutionnelle Française. En ce sens le Conseil d'Etat indique que constituent de tels principes ceux qui parmi les normes constitutionnelles incarnent le *particularisme* de l'ordre juridique français, dans le cas où ils n'auraient pas de garantie identique dans l'ordre juridique communautaire.[7]

[4] Sur ce theme v. X. Magnon, La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (2013) 96 (4) *Revue française de droit constitutionnel,* 917–940., https://doi.org/10.3917/rfdc.096.0917

[5] T. Bigot, Consécration du premier « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », *Dalloz actualités,* 20 oct. 2021.

[6] CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Lorraine,* req. num. 287110. V. également A. Levade, Le palais Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, (2007) (mai-juin) *RFDA,* 564–577.

[7] CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Lorraine*, ibid: « il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ».

L'inédite découverte de *« l'identité constitutionnelle française »* a cela d'ironique qu'elle est directement d'origine européenne.[8] Car les PIICF sont bel et bien issus de la crainte anticipée que représentait le projet mort-né de constitution européenne. Si la constitution est abandonnée sans sommation par les peuples français et hollandais par la (dangereuse) voie référendaire, le concept *« d'identité constitutionnelle française »* demeure pour sa part gravée dans le marbre.

Longtemps donc, (15 ans environ) *les principes inhérents à l'identité constitutionnelle française* sont demeurés coquilles vides.[9] Jusqu'à la décision du 15 octobre 2021 où ils trouvent enfin leur traduction concrète lorsque le conseil constitutionnel est consulté par voie de question prioritaire de constitutionalité avec la QPC *Société Air France*.

En l'espèce, la société Air France s'est trouvée condamnée sur la base des articles L 213-4 et L 625-7 al. 1er du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. En réalité ces dispositions mettent en œuvre la convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990 complétée et précisée par la directive 2001/51/CE du 28 juin 2001. Et selon ses dispositions les transporteurs sont chargés de ramener vers un État tiers et dans les plus brefs délais les personnes étrangères qui se sont vu refuser l'entrée sur le territoire des pays signataires. Le refus de procéder à ce réacheminement rendant ces transporteurs susceptibles d'une amende maximum de 30 000 €.

La société Air France conteste la légalité de deux amendes au montant qu'elle juge trop élevé, d'abord devant le Conseil d'État, avant de consulter par voie de question prioritaire de constitutionnalité, le conseil constitutionnel.

La société Air France reproche d'une part la méconnaissance du droit à la sûreté et du principe de la responsabilité personnelle et de l'égalité devant les charges publiques. Et d'autre part (et cela attise plus encore notre intérêt) l'obligation pour les compagnies aériennes de réacheminer des personnes étrangères dont l'accès au territoire national a été dénié, notamment dans le cas où le comportement de ces passagers présente un risque de sécurité à bord de l'appareil.

Ces dispositions sont de nature à créer une délégation à une personne privée, des compétences de police administrative générale qui sont indissociables de l'exercice de la force publique, et donc contraire aux dispositions de l'article 12 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Si les premiers moyens sont écartés

[8] Dans ce sens v. C. Charpy, Droit constitutionnel et droit communautaire. Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. (Contribution à l'étude des rapports de systèmes constitutionnel et communautaire), (2009) 3 (79) *Revue française de droit constitutionnel,* 621–647., https://doi.org/10.3917/rfdc.079.0621

[9] La difficulté peut ici s'expliquer par l'articulation entre la primauté du droit de l'UE (comme dégagé par l'arrêt CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64) et la Constitution française, dont l'article 88-1 prévoit que « la République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

légitimement et sans difficulté par le Conseil, le troisième moyen semble devenir le bastion où viennent se loger des affirmations aux accents souverainistes. Il peut sembler en effet que la cour suprême aurait pu facilement écarter ce moyen, particulièrement en rappelant que les transporteurs ne font qu'appliquer une décision prise par l'autorité de police aux frontières. Cela ferait obstacle à la pleine délégation de pouvoir de police à une personne privée.

En n'écartant pas de la sorte ce dernier moyen, les sages du palais Montpensier ont souhaité se doter d'un outil de contrôle supplémentaire pour la transposition des directives européennes en droit interne. S'inscrivant ainsi dans une tendance plus souverainiste.

Si la création des principes inhérents à l'identité constitutionnelle en 2006 semblait osée, la décision de 2021 vient quant à elle parachever une ambition plus politique et émancipatrice. La supériorité de la Constitution en ressort renforcée voire raffermie avec vigueur. Le grand mérite de cette décision vient essentiellement du fait qu'elle répète à la suite les juridictions constitutionnelles allemande (5 mai 2020) et polonaise (7 octobre 2021), qu'il existe une limite infranchissable de souveraineté dont le droit européen ne peut s'affranchir. Quand bien même un principe de primauté du droit européen est énoncé par disposition protocolaire dans le Traité sur l'Union européenne. Les cours suprêmes nationales sont et demeurent les gardiennes permanentes des lois fondamentales des États membres. Comme en témoigne la limite tracée par le traité lui-même en son article 4 § 2 *(« L'Union respecte l'égalité des Etats-membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles »).*

Bien que la France se range dans une voie bien moins souverainiste que la Pologne, il semble qu'à l'avenir il faille se résoudre à la multiplication des conflits d'autorité entre les juges nationaux et les juges de la CJUE.

Néanmoins il serait injuste de dire que l'Union n'a pas conscience des défiances qui lui sont objectées et qu'elle n'aurait pas su y réagir. Déjà parce que le préambule du Traité de l'Union Européenne de 1992 rappelle que, certes les États membres sont *« résolus à poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »,* tout en précisant qu'au sein de l'Union, *« les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité »,* amorçant ainsi une phase de retour en force des États.[10]

D'ailleurs entre 1992 et la Déclaration de Leaken de 2001, l'Union ne fait nul mystère que l'intégration est un processus réversible (le Brexit cahoteux mais effectif

[10] M. Delmas-Marty, L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme, (2016) 3 (3) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* 447–454., https://doi.org/10.3917/rsc.1603.0447

en est la preuve) basé sur une reconnaissance du modèle souverainiste, renforcé par un principe d'identité nationale et par une restitution de certaines tâches aux États.[11]

Plus encore le Traité de Lisbonne de 2007 va jusqu'à instaurer la technique de la non participation ou « *l'opting out* »[12] et bien que l'on puisse craindre de ce procédé qu'il inaugure une Europe à deux vitesses, on est tenté d'y voir le reflet d'une volonté collective, celle d'établir une coopération entre États dans des domaines sans cesse plus nombreux, en facilitant la mise en place d'actions communes à certains pays seulement. Une manière simple de conjuguer les pluralismes juridiques dans une Union bien vaste…

Les efforts de souplesse et d'adaptation ressortent aussi bien dans la jurisprudence de la CJUE qui autorise une recul de son autorité dans des certains cas, voir en ce sens l'arrêt du 16 avril 2016 (affaires jointes C-404/15 et C-659/15 PPU Pál Aranyosi et Robert Căldăraru) qui retient que « *l'exécution d'un mandat d'arrêt européen doit être reportée s'il existe un risque réel de traitement inhumain ou dégradant en raison des conditions de détention de la personne concernée dans l'État membre d'émission du mandat* ».[13]

Pour conclure, l'ère du repli souverainiste semble bel et bien vouloir s'imposer. On peut voir dans cette retraite une volonté virtuellement émancipatrice et véritable matrice des discours de démagogie qui fleurissent dans la majorité des pays européens. Des pays qui hier encore semblaient convaincus de leur intégration à l'Union Européenne.

Enfin permettez moi à la lumière des événements en cours en Ukraine de saluer la grande mansuétude de la société civile polonaise qui, plus encore qu'ailleurs, semble vouloir nous rappeler que l'Union et son droit peuvent participer a édifier un ordre mondial universaliste et pluraliste. Saluons enfin l'incroyable capacité de notre riche continent qui tente sans relâche de bâtir un pluralisme juridique aussi accommodant que possible pour laisser nos particularismes nationaux s'exprimer.

[11] F. Dehousse, Le traité de Nice et la déclaration de Laeken, (2001) 1735 (30) 5–44., https://doi.org/10.3917/cris.1735.0005

[12] A. Meyer-Heine, Les clauses d'« opting out » dans le traité de Lisbonne. Les nouvelles dérogations au processus d'intégration communautaire, (2008) (13) *Politeia – Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel,* 491.

[13] CJUE 5 avr. 2016, *Aranyosi et Caldaradu,* aff. C-404/15 et C-659/15 PPU.

Gass, István*

Réflexions sur l'État de droit du point de vue du droit privé : la liberté contractuelle

Abstract

In this article, the author presents the evolution of freedom of contract (autonomy of the will), one of the most important principles of civil law. The aim of the analysis is to demonstrate that the autonomy of will is not applied in an absolute way. Within the framework of a comparative analysis, the author outlines the different limits of freedom of contract which are intended to protect social justice or the interests of the contracting parties themselves.

Keywords: autonomy of the will, social justice, good morals, proportionality of the value of the service and its consideration, freedom of contract as a fundamental right

I. Introduction – l'évolution du principe de la liberté contractuelle

L'élément central du concept du contrat des droits modernes est le consentement des parties. Le principe mettant l'accent sur le consentement des parties comme fait générateur de l'obligation entre les parties s'est répandu dans les systèmes juridiques modernes en partie grâce au droit canonique et en partie grâce à la pensée du droit naturel.

L'un des principes les plus importants du droit des contrats, le principe de la liberté contractuelle trouve ses origines dans le théorème qui considère le consensus comme l'élément fondamental du contrat. La liberté contractuelle donne la priorité à la liberté et à l'autonomie privée des personnes entrant dans une relation contractuelle et repose sur le concept selon lequel les parties contractantes peuvent façonner elles-mêmes leurs relations contractuelles, libres de toute influence extérieure. Comme le souligne Attila Harmathy, le sujet de la liberté contractuelle est au centre des recherches juridiques en Hongrie en raison des changements économiques, sociaux et de l'essor du marché dans les années 1990. La littérature considère le principe de la liberté contractuelle comme un des principes cardinaux du droit privé à la suite de la mutation

* Gass, István est avocat et chargé de cours à l'Université Eötvös Loránd, Faculté de Droit, Département de Droit Romain et Histoire Juridique Comparée.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.5.61

des systèmes économique comme juridique et souligne qu'il agit comme une force motrice d'évolution des conditions du marché.[1]

Le principe de la liberté contractuelle a d'abord été examiné par les juristes français mais il convient de souligner que la terminologie française fait moins référence à la liberté contractuelle mais plus à ce qu'on appelle l'autonomie de la volonté. Dans la littérature juridique française comme par exemple pour le doyen Jean Carbonnier, l'autonomie de la volonté est utilisée dans deux sens : d'une part, au sens du contenu du contrat, et d'autre part, concernant sa forme. La liberté contractuelle en ce qui concerne le contenu du contrat (autonomie de la volonté) signifie, d'une part, que l'individu est libre de décider s'il souhaite entrer dans une relation contractuelle et, s'il le décide, il est libre de déterminer le contenu du contrat.[2] La liberté contractuelle au sens formel signifie que le contrat est conclu par l'expression unanime de la volonté des parties, de sorte qu'en règle générale, aucune exigence formelle n'est requise pour la conclusion du contrat. Dans la littérature juridique française, la liberté contractuelle (autonomie de la volonté) repose sur une base philosophique ou idéologique. Le principe sous-jacent est la philosophie des Lumières qui se concentrait sur l'individu, dont les actions sont déterminées uniquement par la libre volonté. L'autonomie individuelle s'applique également dans le domaine du droit des contrats, il en découle donc directement que tous les engagements contractuels reposent sur une décision individuelle, c'est-à-dire que les personnes concluent un contrat de leur propre gré. L'idée de l'autonomie de la volonté est également étroitement liée à l'approche économique libérale, dont le concept est que l'autonomie des individus est une condition indispensable au bon fonctionnement du marché et qu'un contrat librement conclu est nécessairement équitable et sert l'intérêt des deux (ou de toutes) les parties contractantes. Cette approche se reflète également dans la conclusion de Fouillée qui a affirmé qu'un contrat se matérialise nécessairement par une notion de justice (« qui dit contractuel, dit juste »).[3]

Dans le droit civil hongrois, le principe de la liberté contractuelle occupe une place essentielle dans le système des principes du droit des contrats. Dans le cadre de la liberté contractuelle, l'autonomie des parties contractantes s'exerce à trois égards selon les règles en vigueur (l'article 6:59 du Code civil hongrois). D'une part, les parties sont libres de décider si elles souhaitent entrer dans une relation contractuelle avec d'autres personnes. Une exception à cette règle générale est l'obligation de conclure un contrat qui peut obliger les individus à conclure un contrat pour certaines raisons d'intérêt public ou de régulation du marché. Le deuxième élément de la liberté contractuelle est la liberté de choisir l'autre partie contractante, en vertu de laquelle les individus ont la liberté de choisir avec qui ils souhaitent conclure le contrat. La liberté contractuelle s'applique non seulement à la

[1] A. Harmathy, A szerződési szabadságról, in *Liber Amicorum. Studia E. Weiss dedicata,* (ELTE ÁJK, Budapest, 2002) 117–131.
[2] J. Carbonnier, *Droit civil,* (Presses universitaires de France, Paris, 2000) 53.
[3] F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations,* (Dalloz, Paris, 1999) 28–29.

conclusion du contrat, c'est-à-dire à la phase initiale de la relation contractuelle, mais également à toute la durée de la relation contractuelle. Compte tenu de cela, la liberté contractuelle signifie également que les parties déjà dans une relation contractuelle sont libres de remplir leur contrat avec le contenu (mais dans certaines limites).

II. Les limites de la liberté contractuelle dans les différents domaines du droit – analyse comparative

1. Les limites de la liberté contractuelle en général

Comme l'indique Gyula Eörsi, en raison des nouveaux défis sociaux et économiques du XX[e] siècle (développement technologique et production de masse), du changement de la nature des relations contractuelles (comme la propagation des contrats de masse) et de l'intervention accrue de l'État, la liberté contractuelle est de plus en plus soumise aux restrictions.[4]

La question centrale des limites de la liberté contractuelle est celle où se situe la frontière jusqu'à laquelle l'État n'intervient pas dans l'autonomie privée des parties contractantes et leur confie le règlement de leur relation contractuelle et quand devient nécessaire de limiter l'autonomie des parties afin de protéger un intérêt social plus large. Dans ce contexte, Jacques Ghestin explique que le contrat repose non sur le principe d'autonomie mais sur celui d'utilité sociale et de justice. Par rapport au déclin de l'autonomie de la volonté, Ghestin procède à la formulation des principes normatifs du contrat et affirme que ce n'est plus l'autonomie de la volonté mais la recherche, par le droit objectif, de l'utile et du juste qui justifie la force obligatoire du contrat. Pour que ces exigences s'appliquent, les parties doivent respecter les règles d'ordre public et de bonnes mœurs prescrites par les normes juridiques objectives.[5]

Comme mentionné précédemment, selon la théorie de Fouillé, un contrat signifie nécessairement la justice. Cette conclusion nous conduit à l'analyse de la relation entre le contrat et la catégorie abstraite de la justice. Dans ce contexte, la question fondamentale est de savoir si la justice (l'équité) doit être considéré comme l'élément de la notion du contrat, c'est-à-dire si le contrat des parties doit répondre à certains critères de la justice, et dans l'affirmative, quelles sont les conséquences juridiques si ces conditions ne sont pas remplies. Nous pouvons examiner la relation entre le contrat et la justice sous deux angles. D'une part, la justice contractuelle peut être examinée dans un sens plus large,

[4] Gy. Eörsi, *Összehasonlító polgári jog,* (Akadémiai Kiadó, Budapest, 1975) 233–234.
[5] G. Alpa, L'avenir du contrat, (1985) 37 *Revue internationale de droit comparé,* 10–12., https://doi.org/10.3406/ridc.1985.2840

lorsqu'il s'agit de vérifier si l'accord des parties contractantes est conforme aux exigences générales de la société. Une telle approche de la justice conduit par exemple à la catégorie des contrats qui sont contraires aux bonnes mœurs. Une autre approche de la justice contractuelle met au centre des recherches les intérêts des parties et cherche à répondre à la question de savoir quelles sont les conséquences si un contrat engendre un certain déséquilibre entre les intérêts des parties et comment il est possible de rétablir l'équilibre de la relation contractuelle. Cette problématique soulève la question de la disproportion entre la valeur du service et la contrepartie.

2. Liberté contractuelle et justice

Sur la base de ce qui précède, l'une des restrictions les plus importantes à la liberté contractuelle est l'exigence que le contrat conclu par les parties doit également répondre à certains critères dans le but de la protection des intérêts sociaux.

Dans ce contexte, la relation entre le droit et la morale est d'une importance particulière. Il convient d'examiner la question des conditions dans lesquelles l'ordre juridique peut restreindre la liberté contractuelle des parties contractantes afin que le contrat des parties ne porte pas atteinte aux exigences de la morale qui représente un autre aspect important de la régulation du système social. Une telle limitation est expressément prévue à l'article 6 dans le Code civil français dans le cadre du titre préliminaire contenant les règles les plus fondamentales pour la mise en œuvre de l'ensemble du droit privé, stipulant qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Cette règle existe également dans le Code civil hongrois qui stipule qu'un contrat manifestement contraire aux bonnes mœurs est nul. Considérant que le Code civil hongrois, à l'instar des systèmes juridiques étrangers, ne définit pas la notion de bonnes mœurs, les tribunaux doivent décider au cas par cas quelles sont les normes morales dont la violation justifie une restriction de la liberté contractuelle et sur la base de laquelle le contrat est déclaré nul. Il est à noter à cet égard que la jurisprudence joue un rôle important dans l'application de normes juridiques générales fondées sur des concepts juridiques non définis. Sur la base des différents systèmes juridiques étrangers et sur leur pratique judiciaire, la littérature juridique énumère certains éléments centraux qui peuvent jouer un rôle déterminant dans la définition du contenu des bonnes mœurs qui évoluent avec le temps et reflètent les changements sociaux et culturels à une époque donnée. Ces catégories sont par exemple : la protection de l'ordre reconnu, la protection contre les restrictions à la liberté, et la protection contre l'abus de pouvoir ou contre un déséquilibre excessif.[6]

[6] A. Menyhárd, *A jóerkölcsbe ütköző szerződések,* (Gondolat Kiadó, Budapest, 2004) 59.

La catégorie de la justice contractuelle au sens relatif du terme nous conduit à envisager la problématique de la proportionnalité de la valeur du service et sa contrepartie. Dans ce contexte, la question fondamentale est de savoir si les parties contractantes jouissent d'une liberté illimitée pour déterminer le contenu de leur relation contractuelle et en particulier la valeur de la prestation et de sa contrepartie, ou, au contraire, s'il existe une exigence dans l'intérêt de la justice d'assurer un certain équilibre entre le service et la contrepartie.

Dans les systèmes juridiques européens, il existe plusieurs institutions ou mécanismes juridiques qui ont pour but d'assurer l'équilibre entre la valeur du service et de sa contrepartie. Un bon exemple est la lésion en droit français dans le cadre de la vente d'un immeuble (la rescision de la vente pour cause de lésion) que nous présenterons brièvement. La rescision pour cause de lésion est réglementée à l'article 1674 du Code civil stipulant que si le vendeur a été lésé de plus des sept douzièmes du prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand bien même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value. Le Code civil stipule également que pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente. De plus, le Code civil énonce les règles procédurales concernant la preuve de la lésion en stipulant que cette preuve ne pourra se faire qu'à la suite d'un rapport rendu par trois experts, tenus de dresser un procès-verbal commun, et de ne former qu'un seul avis à la pluralité des voix. Les trois experts sont nommés d'office, à moins que les parties ne se soient accordées pour les nommer tous trois conjointement. En ce qui concerne les conséquences de la lésion, dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en récupérant le prix qu'il a initialement payé, ou bien de conserver le fonds en payant le supplément du juste prix, après déduction d'un dixième du prix total. Il est important de noter que la rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur mais seulement en faveur du vendeur. En raison de l'impact du Code Napoléon sur d'autres systèmes juridiques européens, les règles de la lésion se sont répandues dans plusieurs autres États européens. Ainsi, nous retrouvons l'outil juridique de la rescision pour cause de lésion par exemple en droit civil belge, monégasque ou luxembourgeois selon le même contenu que dans le procédé français, parmi les dispositions concernant la vente.[7]

Les règles de la rescision pour cause de lésion existent également en droit civil autrichien *(Verkürzung über die Hälfte),* cependant, le Code civil autrichien élargit son champ d'application. L'article 934 du Code civil autrichien prévoit que si l'une des parties ne reçoit pas la moitié de la valeur du service fourni par l'autre partie (et ce quelque soit le contrat), la loi confère à la partie lésée le droit de la rescision du contrat

[7] Art. 1674-1685 du Code civil belge, art. 1516-1525 du Code civil monégasque, art. 1674-1685 du Code civil luxembourgeois (« De la rescision de la vente pour cause de lésion »).

(Aufhebung) et de demander la remise en l'état d'origine *(Herstellung in den vorigen Stand).* Selon la littérature juridique autrichienne, cette règle se fonde sur l'exigence d'une proportionnalité objective entre le service et la contrepartie qui constitue une restriction légale à la liberté contractuelle des parties.

Par rapport aux différentes solutions juridiques présentées ci-dessus, le droit civil suisse emprunte un chemin différent. Comme nous l'avons vu, ni le droit français ni le droit autrichien ne contribue d'importance aux circonstances qui ont conduit à la disproportion entre la valeur du service et de la contrepartie. Toutefois, en droit suisse, la seule disproportion entre la valeur de la prestation et la contrepartie ne suffit pas pour appliquer les règles de la rescision pour cause de lésion, en effet une condition supplémentaire est requise. L'article 21 du Code des obligations suisse prévoit qu'en cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an à compter de la conclusion du contrat, déclarer qu'elle résilie le contrat en récupérant ce qu'elle a payé, s'il est prouvé que la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa confusion, de sa légèreté ou de son inexpérience. On constate donc qu'en droit suisse, outre la disproportion objective de la valeur de la prestation et de sa contrepartie, il est nécessaire de prouver que la partie a conclu le contrat en profitant sciemment de la situation défavorable de l'autre partie contractante.

3. Les aspects constitutionnels de la liberté contractuelle

Enfin, la liberté contractuelle et sa restriction soulèvent également un certain nombre de questions de droit constitutionnel, comme en témoignent les multiples décisions de la Cour constitutionnelle hongroise. Notamment les décisions concernant la nature de la liberté contractuelle, sa qualification comme droit fondamental et les directions de sa limitation. En examinant trois décisions de la Cour constitutionnelle, nous allons brièvement présenter la place de la liberté contractuelle dans la liste des droits fondamentaux constitutionnellement protégés et les conditions dans lesquelles la liberté contractuelle peut être limitée.

La Cour constitutionnelle s'est prononcée pour la première fois dans sa décision n° 13/1990. (VI. 18.) sur l'évaluation de la liberté contractuelle par rapport à la Constitution. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle a fait référence à l'article 9 de l'ancienne Constitution hongroise qui a stipulé que l'économie hongroise est une économie de marché. Selon la Cour, l'élément essentiel d'une économie de marché est la liberté contractuelle que la Cour constitutionnelle considère comme un droit fondamental indépendant. La Cour constitutionnelle a établi que l'essence de la liberté contractuelle est le principe selon lequel les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat et de déroger aux dispositions légales.

Dans une autre décision datée de 1991 [n° 32/1991. (VI. 6.)], la Cour a changé de position concernant l'évaluation constitutionnelle de la liberté contractuelle. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle a souligné, en plus de l'importance de la liberté contractuelle, l'importance accrue de l'intervention de l'État dans les relations contractuelles, en établissant que l'État agit comme un facteur déterminant du domaine contractuel. La Cour a également précisé que la liberté contractuelle ne s'applique pas d'une manière absolue, l'État ne laisse pas pleinement libre cours à l'accord des parties, plus encore l'État peut imposer toute une série de restrictions limitant l'accord des parties par le biais des dispositions légales ou réglementaires. Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle accentue l'intervention du droit public dans la matière des contrats privés. En se référant à des exemples internationaux, la Cour constitutionnelle a souligné que dans de nombreux domaines du droit privé, certaines restrictions à la liberté contractuelle sont devenues nécessaires pour préserver l'économie nationale. La Cour retient cette démonstration dans plusieurs exemples comme le droit de la concurrence, la question de l'abus de position dominante, le contrôle des fusions et acquisitions, la protection de l'environnement et la protection des consommateurs.

Par ces conclusions, la Cour constitutionnelle a confirmé qu'en raison du changement des conditions économiques et sociales, nous assistons progressivement au déclin de la liberté contractuelle. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle a également considéré que la raison principale de la restriction de la liberté contractuelle et de l'intervention de l'État était justifiée par la protection des parties contractantes. Selon l'avis de la Cour constitutionnelle, les contrats établissant une relation juridique durable entre les parties représentent certains risques pour ces parties, la teneur économique du contrat peut changer après la conclusion du contrat, l'équilibre économique peut être rompu et ces inégalités ne peuvent être corrigées que si l'État intervient dans la relation contractuelle. La Cour a établi qu'une telle intervention de l'État (par exemple l'obligation de conclure un contrat ou la détermination du contenu d'un contrat par la loi) a pour but de permettre l'ajustement des conditions économiques et contractuelles changées. La conclusion finale de la décision est que la liberté contractuelle fait partie de l'économie de marché, ayant acquis une valeur constitutionnelle. Cependant, contrairement à la décision précédente, la liberté contractuelle ne peut être considérée comme un droit constitutionnel fondamental, de sorte que celle-ci peut être limitée même en termes de son contenu essentiel, s'il existe des motifs constitutionnels qui justifie une telle restriction.

En évaluant les conclusions de la Cour constitutionnelle et à l'appui de la pratique, on peut affirmer que la restriction constitutionnellement justifiée de la liberté contractuelle et l'intervention de l'État dans les relations contractuelles peuvent être observées dans plusieurs domaines, en particulier le droit de la concurrence et le droit de la consommation. La Cour constitutionnelle a déclaré que la liberté contractuelle fait partie de l'économie de marché, de sorte que le principe de la liberté contractuelle est

étroitement lié à la libre concurrence et au libre fonctionnement du marché à l'abri des influences extérieures. L'essence de cette relation est que la libre concurrence est fondée sur le principe de la liberté contractuelle. Toutefois, la liberté contractuelle garantissant des conditions de marché libres peut être limitée par l'ordre juridique dans le cas où le comportement et l'accord des parties contractantes peuvent entraîner une restriction de la concurrence ou porter préjudice aux opérateurs économiques se trouvant dans une situation économique plus faible. Ainsi, l'État intervient dans la relation contractuelle et limite la liberté contractuelle par le biais des mesures contraignantes afin de protéger un intérêt public et social plus large.

Enfin, la liberté contractuelle a fait l'objet d'une décision n° 64/1993. (XII. 22.). En l'espèce, la Cour s'est référée à sa jurisprudence antérieure concernant l'évaluation constitutionnelle de la liberté contractuelle et a rappelé que la liberté contractuelle est un élément essentiel d'une économie de marché, mais ne peut être considérée comme un droit constitutionnel indépendant. La Cour constitutionnelle a également déclaré que l'application sans restriction de la liberté contractuelle n'est garantie ni par les dispositions du Code civil hongrois ni par celles de la Constitution.

III. Conclusions

En guise de conclusion, nous pouvons constater que la liberté contractuelle ne joue pas toujours un rôle exclusif dans la relation des parties, l'autonomie de la volonté ne peut pas être appliquée d'une manière absolue. Un élément qui peut limiter le rôle exclusif de l'accord des parties contractantes peut être l'exigence de la justice sociale. L'exigence de la justice sociale peut protéger des intérêts sociaux plus larges, des valeurs (éthiques, déontologiques, morales) généralement admises par la société (cela nous conduit par exemple à la question des contrats contraires aux bonnes mœurs) et les intérêts des parties contractantes elles-mêmes (c'est la question de la disproportion de la valeur du service et de la contrepartie). Nous pouvons également constater qu'en raison des changements sociaux et économiques du XX^{e} siècle, le rôle de l'intervention de l'État dans la relation contractuelle des individus s'accroît dans de nombreux domaines du droit civil dans le but de corriger les relations économiques déséquilibrées en vue de la protection de l'ensemble des intérêts sociaux.

Chacornac, Jérôme*

La « compliance » : conquête ou aveu de faiblesse de l'État de droit?**

Abstract

As an original development in contemporary business law, compliance refers to a set of norms and internal application processes intended to ensure that companies comply with rules of public economic order within their organization and in the course of their operational activities (I). Concentrating as it does on the internal organization of the "large company", it relegates the State to the background in the production and application of the legal norm. This can be observed in the field of its original methods – compliance programs and negotiated justice – (II), but also by the conditions of its elaboration at a transnational level rather than within the national legal orders (III).

Keywords: compliance, whistleblowing protection, compliance programs, deals of justice, transnational Law, anticorruption, arbitration

I. Introduction

Le sujet retenu appelle quelques précisions sur son lien, pourtant bien réel, avec le thème général des « changements de l'Etat de droit », retenu par les organisateurs de ce colloque. Pour le spécialiste du droit des affaires, le thème de l'Etat de droit appelle un effort d'élucidation et paraît *a priori* assez éloigné de l'évolution des activités économiques. Penser un lien plus particulier entre le développement du droit des affaires et des mutations ou évolutions de l'Etat de droit n'évoque rien de bien défini, quelle que soit d'ailleurs l'acception que l'on donne de la notion, qu'on l'envisage comme la soumission de l'Etat au droit dans l'élaboration de la norme, ou comme l'affirmation des droits et libertés individuelles, assise sur des garanties de sécurité juridique, de protection contre l'arbitraire et de bénéfice de procédures juridictionnelles.[1]

* Chacornac, Jérôme, Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas.

** Cet article est la version écrite de l'intervention orale donnée le 24 mai 2022 lors du Colloque organisé par ELTE Budapest – Changement de l'Etat de droit – ELTE Aula Magna (1053 Budapest, Egyetem tér 1–3.).

[1] Sur la notion elle-même, on se limite à renvoyer à l'exposé qu'en a proposé notre collègue Eric Martin en ouverture de cette journée : v. dans ces annales, Martin, Eric, Les racines philosophiques de la notion d'Etat de droit, (2022) (61) *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae – Sectio Iuridica,* 7–24., https://doi.org/10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.1.7

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.6.69

Il est pourtant une évolution contemporaine marquante du droit des affaires, et plus étroitement peut-être, de la grande entreprise, qui affecte à sans doute la notion d'Etat de droit dans cette double dimension, avec « l'idée » de la *compliance*. Nous disons « l'idée » car, à proprement parler, la compliance – concept qui justifie à nos yeux le maintien du recours à l'anglais, faute d'équivalent non trompeur ou mutilant en français – ne recouvre aucun domaine académique ou corpus normatif bien défini et paraît, comme telle, bien difficile à définir.

Si la compliance désigne un ensemble de normes et techniques relativement hétérogènes, nous en proposons à un niveau d'une inévitable généralité, la définition suivante : la compliance désigne l'ensemble des normes et des processus internes d'application destinés à assurer le respect de règles d'ordre public économique par les entreprises au sein de leur organisation et à l'occasion de leurs activités opérationnelles.

Cette définition est la nôtre mais en rejoint beaucoup d'autres, largement indéterminées et d'apparence assez bureaucratiques. Elle appelle au minimum trois observations. Tout d'abord, la compliance ne correspond pas à un domaine du droit bien défini. « Nihil novi sub sole », pourrait-on alors dire. Au croisement du droit substantiel et de la procédure, elle présente des enjeux aussi divers que les luttes anticorruption ou antiblanchiment, la prévention des dommages sociaux et environnementaux causés par les entreprises, ou encore la prévention des conflits d'intérêts, la prévention, la détection et la sanction des pratiques anticoncurrentielles, les respects de certaines conditions de travail...[2] Ensuite, la compliance propose fondamentalement une nouvelle approche d'une catégorie de justiciables en ce qu'elle s'intéresse, ultimement, à la « grande entreprise ». Elle aborde l'entreprise non pas selon une dimension formelle, comme une structure faite d'un nombre indéterminé de personnes morales soumises à des responsabilités mais d'un point de vue matériel, comme organisation dont la complexité est intrinsèquement porteuse de périls pour la légalité. Cela amène à une dernière observation, plus inquiète, sur laquelle des positions différentes peuvent être prises. La logique préventive des règles de compliance est-elle simplement l'expression d'une défaite de la légalité traditionnelle face à certains risques de l'entreprise ? Ou n'en est-elle qu'un prolongement, nécessaire et pragmatique, pour affronter la complexité du fonctionnement de la grande entreprise ? La réponse à cette question n'est sans doute pas univoque, en particulier en raison de l'importante considération que la compliance a été d'emblée conçue et inspirée par l'objectif de maîtriser l'activité d'entreprise qui, par leurs dimensions, dépassent les frontières des ordres juridiques nationaux et la seule compétence d'un Etat en particulier.

[2] A ce titre, un rappel de toutes les sources sollicitées est tout bonnement impossible. En l'état, un effort de volumineux rassemblement a été proposé par un éditeur juridique en France, les éditions Dalloz, sous l'appellation « Code de la compliance », édité depuis 2021. Si cette initiative éditoriale est certainement bienvenue, la consultation de ce « code éditeur » révèle mieux que tout autre l'éparpillement des domaines intéressés par les processus de compliance.

En d'autres termes, si elle traduit une quête de renforcement de l'effectivité du droit, elle induit un nécessaire recul de l'Etat comme cadre de production des normes et d'application du droit. Cette brève contribution a pour objet d'en rendre compte en évoquant la manière dont la compliance est un réservoir de méthodes renouvelées d'application de la norme, de respect de la légalité (II.), en même temps qu'elle repose sur une approche de la légalité qui est un dépassement des ordres juridiques nationaux (III.).

II. Le renouvellement des méthodes d'application de la norme

Le renouvellement des méthodes d'application de la norme peut fondamentalement être illustré sur le double terrain des règles d'organisation (1.) et des mutations des sanctions (2.), inspirées par la compliance. Méthodes qui, on va le voir, appellent des appréciations contrastées.

1. Les règles d'organisation

Il est nécessaire de proposer bref inventaire sélectif de certaines règles originales d'organisation [*a)*] pour envisager les principaux enseignements qui peuvent en être tirés sur le terrain de la légalité [*b)*].

a) **Inventaire**

La compliance repose, au-delà des domaines du droit qu'elle rassemble, sur certaines exigences récurrentes d'organisation. Beaucoup pourraient être citées mais, de manière synthétique, on peut en distinguer deux.

La figure transversale : les lanceurs d'alerte

La première technique originale de la compliance qui vient à l'esprit du fait de sa grande transversalité est constituée par l'instauration de mécanismes de signalements internes et la protection des auteurs de signalement. C'est précisément la grande transversalité de ce dispositif de protection qui lui confère aujourd'hui une place si éminente, le lanceur d'alerte étant conçu comme un relais interne à l'entreprise de la détection de la violation de la norme. Les choix contemporains vont en effet à l'élaboration d'un cadre de protection minimum commun à de multiples secteurs, ainsi que l'a exprimé la directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.[3] Tant sa très riche et

[3] Directive récemment transposée en droit français par la Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte.

inédite base légale avec ses douze visas[4] que sa riche annexe détaillant les domaines dont la violation peut être signalé révèle la volonté d'ériger la protection des lanceurs d'alerte en technique transversale de respect de la légalité par les entreprises.

Chose remarquable, la figure du lanceur d'alerte demeure malgré tout insaisissable : faut-il voir dans le lanceur d'alerte un mal nécessaire ou un héros des temps modernes ? Un délateur utile à rétribuer ou un modèle de vertu à simplement protéger ?[5] Par la formulation particulièrement ambiguë de son objet, la directive précitée s'est bien gardée de trancher, en privilégiant une approche désincarnée plutôt que moralisatrice de l'acte de signalement. La protection du lanceur d'alerte se veut instrumentale, nécessaire à la réalisation des politiques de l'Union, sans nécessité de finalement d'ériger en finalité première la protection du lanceur d'alerte.

Au fond, moins que les éléments de son régime sur lesquels il a fallu s'entendre au moins dans l'Union et qui continue à présenter nombre de divergences en droit comparé,[6] c'est *son rôle* comme agent d'un système complexe qui a convaincu, sa place comme relais nécessaire d'informations problématique dans un système complexe.

La méthode récurrente : les procédures internes

En surplomb des processus d'alerte et des règles de protection des lanceurs d'alerte, la compliance se matérialise par une technique emblématique et aujourd'hui déclinée au service de finalités multiples, constituée par ce qu'on appellera de manière compréhensive les « procédures internes ». Sont ainsi visés les programmes et plans internes à l'entreprise dont le contenu généralement détaillé en une dizaine d'éléments,

[4] Sur les raisons institutionnelles de ces visa, L. Robert, Vers un statut harmonisé du lanceur d'alerte – Analyse critique de la directive sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, in J. Chacornac (dir.), *Lanceurs d'alerte – Regards comparatistes,* vol. 21 du Centre français de droit comparé, (Société de législation comparée, 2020) 156. ; plus spécialement, pour une évocation de l'ensemble des difficultés rencontrées au cours de l'élaboration du texte devant les institutions européennes, J. Vallet-Pamart, Genèse de la directive protégeant les lanceurs d'alerte, (2019) (4) *Revue des affaires européennes,* 681–697.

[5] N. Warembourg, Le sycophante, un lanceur d'alerte ? Remarques historiques sur la délation et le délateur dans l'Athènes démocratique, in M. Disant et D. Pollet-Panoussis (dir.), *Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?,* (LGDJ, 2017) 53. Dans le même ouvrage, N.-M. Meyer, Lanceurs d'alerte, les enjeux démocratiques, 393. *Adde,* G. Campbell, Snitch or savior? How the modern cultural acceptance of Pharmaceutical company employee external whistleblowing is reflected in Dodd-Franck and the affordable care act, (2013) 15 (2) *University of Pennsylvania Journal of Business Law,* 565–597. V. sur cette question, D. Lochak, L'alerte éthique entre dénonciation et désobéissance, (2014) *AJDA,* 2236 ; J.-P. Feogle, Lanceur d'alerte ou « leaker » ? Réflexions critiques sur une distinction, (2016) (10) *Revue des droits de l'homme,* in Dossier thématique : Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme Apport du droit comparé et international ; du même auteur, Le lancement d'alerte dans les traditions juridiques américaines et françaises, in *Lanceurs d'alerte, Regards comparatistes,* préc., spéc. 37., distinguant les conceptions démocratiques et managériales du lanceur d'alerte.

[6] V. *Lanceurs d'alerte – Regards comparatistes.*

peut être ramené à trois idées : l'identification des risques, les conditions de détection de leur réalisation et la détermination des mesures permettant d'y obvier.

Sur ce schéma d'apparence simple, des dispositifs désormais nombreux, particulièrement détaillés et procédant de préoccupations distinctes ont été bâtis. Ainsi en va-t-il dans le domaine de la lutte contre la corruption et, plus généralement, contre les atteintes à la probité – qui englobe en droit français un certain nombre d'autres infractions comme le trafic d'influence, la concussion, le favoritisme… – sous le vocable de « programmes de mise en conformité ».[7] Ainsi en est-il allé dès sa conception en droit français au sujet du devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, dont on sait qu'il a essaimé à l'étranger au point d'être aujourd'hui l'objet d'une proposition de directive européenne.[8] Ce nouveau domaine dit de la « corporate due diligence », repose bien en réalité par l'obligation spécifique faite aux sociétés mères de concevoir et mettre en application des « plans » constitués par autant de règles d'organisation interne permettant la prévention, la détection et le traitement des risques dans les domaines concernés. Au-delà, la même logique de prédisposition en la forme de plan interne s'est trouvée déclinée dans le champ de la mise en œuvre des sanctions internationales dont, en particulier, les mesures de gel des avoirs…[9] dont chacun aura à l'esprit la vive actualité.

b) **Appréciation : Une meilleure compréhension de la responsabilité des personnes morales**

Ces règles nouvelles peuvent-elles être généralement envisagées comme un changement de l'Etat de droit ? Si elles ont un contenu original, elles n'en demeurent pas moins fondées sur une expression classique de la légalité. Le renouvellement qu'elle manifeste sur le terrain de leur contenu exprime certainement une réalité plus spécifique. Ces règles ne renouvellent pas tant la légalité qu'elles ne traduisent une meilleure compréhension de ce que peut réellement être la responsabilité des personnes morales et de ce que signifie le respect de la loi elles. Le respect de la légalité n'est pas délibératif au sein d'une organisation : il est principe de fonctionnement et, précisément, règle concrète d'organisation.[10] L'avancée est notable qui permet d'admettre que le fait illicite

[7] En particulier depuis la loi dite « Sapin 2 » du 9 décembre 2016, une loi particulièrement importante en ce qu'elle a, de façon plus générale, parachevé de manière bien tardive l'alignement du droit français sur les standards internationaux de lutte contre la corruption issus de la Convention de Merida, sur lesquels v. *infra*.

[8] Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex, principalement, articles 4-9, 23 février 2022 [COM(2022)71 final, 2022/0051(COD)].

[9] Ordonnance n° 2020-1342 du 4 novembre 2020 renforçant le dispositif de gel des avoirs et d'interdiction de mise à disposition : l'obligation faite par un nouvel article L.562-4-1 aux personnes mentionnées à l'article L.561-2 de mettre en place une organisation et des procédures internes pour la mise en œuvre des mesures de gel des avoirs et d'interdiction de mise à disposition ou d'utilisation des fonds ou ressources économiques, et d'en prévenir le contournement et dans leurs succursales établies en dehors du territoire national.

[10] A ce titre, avait un intérêt tout particulier une disposition figurant dans le Projet de réforme de la responsabilité civile présenté par la Direction des affaires civiles et du Sceau le 13 mars 2017. Une

susceptible d'être sanctionné à l'encontre d'une personne morale, qu'il soit purement civil ou caractérise une infraction pénale, procède toujours, largement entendu, d'un défaut de conformité.

2. Les dispositifs de sanction négociée

Le renouvellement des méthodes que révèle la compliance se manifeste également sur le terrain des sanctions qui, en différents domaines, traduisent par leur caractère négocié [*a)*], une certaine défiance à l'égard de la répression traditionnelle [*b)*].

a) **Inventaire**

La négociation de la sanction constitue indubitablement une tendance lourde du droit de la compliance. La violation de la règle est un risque opérationnel qui doit être maîtrisé, maîtrise à laquelle les entreprises sont incitées par des procédures dites de « justice négociée ». Dans nombre de domaines. Citons ainsi le droit de la concurrence, avec la procédure de transaction, au voisinage de la procédure de clémence, dont l'esprit est toutefois un peu différent ; citons encore l'avènement en matière financière des procédures dites de composition administrative, permettant d'échapper à toute reconnaissance formelle de responsabilité au titre d'un manquement ; citons enfin, dans le champ strictement pénal, l'introduction en droit français d'une procédure à l'imitation des *deffered prosecution agreements* du droit fédéral américain dans la mise en œuvre du *FCPA*.[11] Il s'agit de la convention judiciaire d'intérêt public autorisant l'autorité de poursuite à conclure une convention avec la personne morale qui aurait accompli des actes caractérisant un certain nombre d'infractions d'affaires, subordonnant l'extinction de toute possibilité de poursuite ultérieure au paiement d'une amende et à la mise en œuvre, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, d'un programme de mise en conformité.[12] Ce dispositif original en droit français a pourtant déjà eu le temps de

disposition spécifique devait être le siège d'une définition particulière de la faute pour les personnes morales, à l'article 1242-1, aux termes duquel « La faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement ». Si cette disposition exposait du fait de sa grande généralité les entreprises à une certaine insécurité, elle n'en avait pas moins le mérite de justement caractériser le fait générateur imputable à une structure par hypothèse dépourvue de discernement et de volonté délibérative propre. Elle était un compte rendu juste des nouveaux faits générateurs de responsabilité spéciaux reconnus en législation, en particulier sur le terrain du devoir de vigilance. L'accueil majoritairement défavorable qu'a fait la doctrine à cette innovation en a eu raison : elle ne figure pas dans la proposition de loi n° 678 portant réforme de la responsabilité civile, enregistrée à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020…

[11] Foreign Corrupt Practices Act of 1977, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. (« FCPA »).

[12] V. art. 41-1-2 du Code de procédure pénale.

faire école depuis son introduction par la loi du 9 décembre 2016,[13] avec l'instauration d'un dispositif analogue de suspension de l'exercice de l'action publique sous condition de comportement conforme dans le domaine des atteintes à l'environnement.[14]

Au fond et pour n'en dire qu'un mot, il s'agit, par le biais de l'ensemble de ces mécanismes, de décliner la logique de marché à la sanction elle-même dans une perspective d'alignement de la recherche de rentabilité avec celle de respect de la légalité.

b) **Une défiance à l'égard de la menace de répressif étatique**

Changement de la logique répressive, certainement. S'agit-il pour autant d'une avancée ou d'un recul de l'Etat de droit ? Cette politique de sanction soulève ici une vraie difficulté à la fois de principe, et d'image. Sur le principe, c'est le respect même de la légalité qui est finalement mis de côté. A la différence d'autres alternatives aux poursuites d'inspiration américaines, dans lesquelles le justiciable reconnaît sa culpabilité contre une procédure plus rapide et une sanction peut-être réduite, des mécanismes comme la de reconnaissance de culpabilité. C'est la sanction sans la culpabilité ; une punition atténuée et amputée du stigmate de l'établissement formel de la responsabilité pénale.

En termes d'image, le problème est en vérité double. Tout d'abord, dans le souci de préserver l'image des entreprises, les organes répressifs de l'Etat se trouvent relégués à un rôle de négociation plutôt que d'institution efficace de dissuasion par la sanction. Ensuite, dans le souci d'améliorer la réforme des entreprises de l'intérieur, on les autorise parfois à s'acheter une respectabilité sans possibilité de mise en cause des personnes physiques : récemment, la CJIP conclue par LVMH et validée le 17 décembre dernier a fait l'objet de critiques relayées jusque dans la grande presse,[15] en raison de son effet conduisant à exclure toute poursuite pour trafic d'influence contre un ancien directeur du renseignement intérieur.

Sans doute faut-il se garder de juger trop sévèrement ces mécanismes nouveaux de justice négociés comme un recul de l'Etat de droit. Ils ont certainement pour indiscutable avantage le réalisme des insuffisances de la menace de la sanction et une meilleure prise en compte de la dimension incitative pour les entreprises de maîtriser le risque pénal par un esprit de collaboration avec les autorités de poursuite.[16] Au-delà, et sans doute

[13] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[14] V. art. 41-1-3 du Code de procédure pénale, ayant introduit la convention judiciaire d'intérêt public environnementale.

[15] V. J. Lefilliâtre, François Ruffin face à LVMH: l'amende « produit pour Bernard Arnault un sentiment d'impunité », *Libération,* 10.05.2022., https://www.liberation.fr/societe/police-justice/au-tribunal-ruffin-face-a-lvmh-lamende-produit-pour-bernard-arnault-un-sentiment-dimpunite-20220510_6SGICOFQYNGO3HECTHY3UJZEIQ/ (consulté le : 30.12.2022).

[16] En ce sens, la défense du mécanisme exposée par Transparency international, le 2 juin 2022, en réaction à l'émoi provoqué par l'affaire précitée, « Le dévoiement de la CJIP dans « l'affaire LVMH / Squarcini » ne doit pas condamner cet outil essentiel à la lutte contre la corruption », https://transparency-france.org/actu/justice-le-devoiement-de-la-cjip-dans-laffaire-lvmh-squarcini-ne-doit-pas-condamner-cet-outil-essentiel-a-la-lutte-contre-la-corruption/#.YzdQ4nbMJPY (consulté le : 30.12.2022).

plus fondamentalement, il faut se garder de tout manichéisme car le déficit de dissuasion au niveau étatique se trouve finalement compensé par un surcroît d'effectivité des sanctions au niveau international. Au fond, peut-être qu'ils invitent à observer non pas un changement de l'Etat de droit mais une évolution de la place l'Etat, comme sujet souverain du droit international public et acteur de la mise en œuvre de la règle de droit.

La soumission au droit n'est au fond, plus strictement l'affaire des ordres juridiques nationaux.

III. Le dépassement des ordres juridiques nationaux

La mise à l'épreuve de cette idée forme donc l'objet de ce second temps, plus bref, de la réflexion consacrée à la dimension transnationale de la compliance. C'est par ses méthodes qu'ont été construits des standards juridiques mondiaux, dans certains domaines et, en particulier, dans le premier d'entre tous : celui de la lutte anticorruption (1.). Il faut le mesurer pour comprendre comment la compliance est aujourd'hui un véhicule de diffusion de valeurs, au-delà du seul cadre des ordres juridiques nationaux, ainsi que le révèle pratique de l'arbitrage international (2.).

1. Le rapprochement des méthodes : l'exemple de la lutte anti-corruption

La corruption n'est pas un péril qui doit être abordé au niveau d'un Etat par ses périls caractéristiques : fausser la concurrence, ralentir le développement en encourageant la dilapidation des fonds publics et, ultimement, nourrir l'instabilité politique par un déficit démocratique.

Mais pour lutter contre les comportements à l'étranger, il a fallu des emprunts de méthode à une législation fondatrice : le FCPA, promulgué le 19 décembre 1977 en réaction au scandale né des conditions de financement de la vie politique américaine mises à jour après l'épisode du *Watergate*.[17] Rétrospectivement, il apparaît bien, selon les mots d'un auteur, que c'est cette législation qui a généré des initiatives aux niveaux international comme nationaux, au point de constituer « l'émergence d'un standard mondial ».[18] En dépit de l'échec inaugural du projet de convention multilatérale sur les paiements illicites élaboré en 1979 par le Conseil économique et social des Nations unies, nul n'ignore

[17] Un travail d'une très grande utilité a récemment été réalisé en langue française sur la confrontation du dispositif américain de lutte contre la corruption au dispositif français, ouvrage qui constitue par ailleurs en lui-même une exposition synthétique du droit américain d'une grande clarté : E. Breen, *FCPA – La France face au droit américain de la lutte anti-corruption, Joly éditions, 2017, et, spéc., sur les origines du FCPA,* n° 3, 16–17.

[18] Ibid., 13., intitulé du premier chapitre.

aujourd'hui le développement maintes fois retracées des instruments internationaux régionaux puis globaux s'étant inspirés du FCPA :[19] adoption le 21 novembre 1997 par l'OCDE et entrée en vigueur en 1999 de la Convention sur la corruption des agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales, Conventions pénale et civile sur la corruption ouvertes à signature en 1999 au niveau du Conseil de l'Europe[20] assorti d'un mécanisme de suivi particulier constitué par les cycles d'évaluation du Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO), et, finalement, convention dite « de Merida » contre la corruption adoptée par l'assemblée générale de l'ONU en le 31 octobre 2003 qui compte à ce jour 178 Etats signataires.[21]

Quel est le résultat ? Un alignement des solutions de fond mais aussi et peut-être surtout des techniques et méthodes de répression dont, en particulier, celle évoquée en première partie consistant, avec des variantes, à soumettre l'extinction de l'action publique au respect par l'entreprise de programmes de mises en conformité, dans le cadre de la conclusion d'un accord, logique finalement suivie tant par un mécanisme comme le *DPA* que par la *CJIP*.

La répression de la corruption s'opère donc désormais dans un cadre processuel multinational harmonisé, ainsi que l'a révélé avec éclat une affaire mettant en cause l'avionneur Airbus. Affaire emblématique s'il en est, qui portait sur les pratiques internationales de corruption pour l'obtention de commandes d'avion dans le monde entier, par corruption d'agents publics étrangers, organisée par une filiale du groupe. Ce système avait été mis en lumière par l'entreprise elle-même qui entreprit à la fois de faire évoluer ses procédures internes et de se rapprocher des différentes autorités de poursuites intéressées au nombre desquelles le *Departement of Justice* américain, le *Serious Fraud office* anglais et le procureur de la national financier français (PNF). L'issue donnée fut le prononcé d'une triple sanction au titre des faits commis dans les différents Etats, par le biais d'accords d'extinction des poursuites dont, en France, une CJIP.[22]

Cette indiscutable couverture internationale, preuve d'efficacité, a ainsi pour vertu de mettre fin à l'indémodable reproche adressé aux Etats-Unis de faire fonction

[19] En dernier lieu, ibid. n° 11 et s., 22 et s.

[20] La convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, signée à Strasbourg le 27 janvier 1999 a été ratifiée par la loi n° 2005-104 du 11 février 2005. Texte dont on pourrait encore rapprocher d'autres instruments régionaux telle la convention interaméricaine contre la corruption, entrée en vigueur en 1997.

[21] Ratifiée par la loi n° 2005-743 du 4 juillet 2005 et publiée par le décret n° 2006-1113 du 4 septembre 2006. On pourrait encore évoquer la production des organisations non gouvernementales dont, en particulier, les recommandations de la CCI en vue de lutter contre la corruption : D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique,* 5e éd., (Dalloz, 2013) 60, n° 153.

[22] V. *la Convention judiciaire d'intérêt publique conclue entre le Procureur de la République financier près le Tribunal judiciaire de Paris et Airbus SE, représentée par John Harrison, Group General Counsel*, 29 janv. 2020, REF. PNF 16 159 000 839. Le montant de l'amende prononcée en France, de plus de 2 milliards d'euros, prend ainsi en compte les montants arrêtés par le DOJ américain et le SFO anglais à hauteurs respectives de plus de 900 millions et plus de 500 millions d'euros.

de gendarmes du monde sur la base de lois extraterritoriales excessivement conquérantes. Cela n'en pose pas moins de sérieuses interrogations qu'on se limitera ici à formuler. Quelle est la légalité des accords de coopération entre régulateurs en vertu desquels ceux-ci se partagent le gâteau de la sanction ? En conséquence, quelle est alors la rigueur de l'évaluation de la sanction prononcée par chaque autorité ? L'ajout de la négociation horizontale entre autorités, à la négociation verticale avec l'entreprise justiciable, fait bien redouter ultimement une corrélation assez peu rigoureuse entre la sanction et ses effets.

Il apparaît ainsi qu'à une échelle internationale, la compliance soulève un indiscutable problème de légalité, tenant en particulier dans le respect du principe non bis in idem. Elle offre cependant un avantage inattendu. Elle n'est pas simplement un réservoir de méthodes mais un puissant véhicule de valeurs.

Et je conclurai là-dessus en m'appuyant sur la pratique de l'arbitrage international.

2. L'extension des valeurs : l'arbitrage international

Le libéralisme des conceptions françaises en matière d'arbitrage international est connu.[23] On sait le rôle relativement restreint qui est fait à l'intervention des juridictions étatiques dans la procédure arbitrale en raison des compétences réduites du juge d'appui ; on sait aussi la faveur donnée en jurisprudence à la mise en œuvre de règles matérielles, plutôt qu'à des règles de conflits de lois, pour déterminer la validité de la convention d'arbitrage. On pense encore aux solutions bien singulières de la jurisprudence française en vertu desquelles les sentences étrangères peuvent recevoir exequatur alors même qu'elles auraient été annulées par les juridictions de l'Etat du siège, allant ainsi bien au-delà des dispositions déjà favorables du droit conventionnel à la matière.[24]

Ce libéralisme s'étend-il au point de réduire au strict minimum le contrôle des sentences sur le terrain des valeurs ?

Il s'agirait évidemment d'une déduction rapide et caricaturale. Le fait est cependant qu'une évolution d'importance est en cours dans la jurisprudence française pour renforcer l'expression de certaines valeurs dans le droit français de l'arbitrage et lui permettre de constituer un véhicule d'interdits généraux du commerce international. Depuis une dizaine d'années, une jurisprudence plus exigeante tend à se développer pour contrôler plus en profondeur les sentences internationales et fréquemment en prononcer l'annulation sur le terrain de la non-conformité de leur reconnaissance ou

[23] V. pour un exposé du droit français, assorti de la nécessaire perspective critique, l'ouvrage de référence de MM. C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international,* 2e éd., (LGDJ-Lextenso, 2019).

[24] On pense bien évidemment à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères Conclue à New York le 10 juin 1958.

de leur exécution à l'ordre public international.[25] Il le fait dans une double direction. Dans une direction répressive, la cour de cassation impose désormais au juge de l'annulation de rechercher les éléments établissant des pratiques de corruption[26] ou de blanchiment.[27] Dans une direction d'ordre public économique, la Cour d'appel de Paris a accepté d'annuler une sentence arbitrale ayant donné effet à des contrats obtenus en violations de législations en matière d'investissement, mises en œuvre à titre de lois de police étrangères.[28]

S'il n'est pas question ici de discuter le bien-fondé et les difficultés soulevées par cette évolution, il faut à tout le moins s'efforcer de comprendre ce qu'elle révèle. L'internationalisation des valeurs par leur intégration aux processus internes des entreprises conduit à en sanctionner le respect jusqu'en dehors des juridictions étatiques. Il n'est pas sûr que le concept d'Etat de droit soit absent ou affaibli mais il est devenu peut-être insuffisant à rendre compte du niveau auquel le respect de certaines valeurs s'exprime. L'exigence véhiculée par le concept dépasse, en définitive, les possibilités institutionnelles des Etats nations.

[25] Il s'agit du cas d'annulation prévu à l'article 1520, 5° du Code de procédure civile.

[26] V. l'affaire *Gulf Leaders* (CA Paris, 4 mars 2014, n° 12/17681, D. 2014. 1967, obs. S. Bollée, et D. 2014. 2541, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2014. 955, note L.-C. Delanoy ; Cah. arb. 2014. 359, note P. Pedone et J. Fouret ; 14 oct. 2014, n° 13/14076, D. 2014. 2541, obs. T. Clay ; 4 nov. 2014, n° 13/22288, D. 2014. 2541, obs. T. Clay ; RTD com. 2015. 67, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 2015. 543, note A. de Fontmichel ; 21 févr. 2017, n° 15/01650, D. 2017. 2054, obs. S. Bollée, et 2559, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2017. 915, note M. Audit et S. Bollée ; RDC 2017. 304, note X. Boucobza et Y.-M. Serinet ; JDI 2017. 1361, note E. Gaillard) et plus encore avec l'affaire *Indagro* : Paris 27 sept. 2016, n° 15/12614, SA Ancienne Maison Marcel Bauche c/ Indagro, Rev. arb. 2017. 942 et Civ. 1ère, 13 sept. 2017 : *JDI* 2017, comm. 20, p. 1361 (1ère esp.), note E. Gaillard ; JCP G 2017, 1326, n° 5, os. Ch. Seraglini ; D. 2017, p. 2571, obs. T. Clay.

[27] Avec l'affaire *Belokon,* Civ. 1ère, 23 mars 2022, n° 17-17.981 : *Banque & Droit,* obs. J. Chacornac, n° 203.

[28] CA Paris 16 janv. 2018, n° 15/21703, Société MK Group c/ SARL Onix, D. 2018. 1635, note M. Audit ; ibid. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; ibid. 1934, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; ibid. 2448, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2018. 401, note S. Lemaire ; JDI 2018. 883, note S. Bollée.

Szabados, Tamás*

L'État de droit dans une dimension multiétatique : L'État de droit et le droit international privé**

Abstract

Most often, the concept of rule of law is conceived as a phenomenon of public law and relatively little attention has been paid to the significance of rule of law in private law, let alone private international law. Even so, the goal of this article is to highlight that the requirements of rule of law have an impact on the method and the application of rules of private international law. The neutrality and the mechanical character of the classical conflict-of-laws method seems to reflect the formal concept of rule of law, primarily focusing on legal certainty and predictability in the course of the designation of the applicable law. However, even the classical method has permitted the appearance of certain substantive elements of rule of law, in particular the respect of human rights, in private international law. The ordre public clause and the application of overriding mandatory provisions opened this possibility. Moreover, due to the requirement of respecting fundamental rights and in the light of the case law of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights, in the legal literature the view has been expressed that the methodology of private international law has undergone a change and it is oriented now towards the method of recognition that applies in more and more areas of private international law.

Keywords: rule of law, private international law, legal certainty, judicial independence, fundamental rights, recognition

I. Introduction

Albert Venn Dicey, qui était « Vinerian Professor of English Law » à l'université d'Oxford et qui a ravivé le concept de « rule of law » en Angleterre, a écrit aussi une monographie sur le droit international privé qui – avec suppléments ultérieurs – appartient encore aujourd'hui aux publications anglaises les plus significatives dans

* Szabados, Tamás, LL.M., PhD, Dr. habil. est privat-docent à l'Université Eötvös Loránd (ELTE) de Budapest.

** Cette contribution est la version écrite de la conférence de l'auteur au colloque « Changement de l'État de droit » organisé par la Faculté de droit de l'Université Eötvös Loránd le 24 mai 2022.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.7.81

ce domaine.[1] Mais il est rare qu'un professeur de droit public s'occupe aussi de droit international privé et même Dicey dans son volume n'a pas touché la relation de ce qui on nomme aujourd'hui l'État de droit et du droit international privé. En effet, à première vue, la notion d'État de droit et le droit international privé semblent éloignés. En premier lieu, traditionnellement le concept d'État de droit a été lié aux états souverains et leurs organes exercant pouvoir public. Plus souvent, la question est de savoir si les institutions d'un État se conforment aux exigences de l'État de droit. Dans ce sens, l'État de droit semble un problème interne. La réalisation de l'État de droit au niveau international est moins examinée. Répresentants du droit international public ont parfois examiné l'existence et l'opération de l'État de droit international.[2] Ces enquêtes restent cependant moins pertinentes pour le droit international privé. En deuxième lieu, le droit international privé aborde les relations juridiques privées tandis que l'État de droit exprime la protection des citoyens verticalement contre le pouvoir public. Le concept d'État de droit est plus souvent conçu comme un phénomène du droit public.[3] Il a été observé qu'il existe une présomption que l'État de droit est une doctrine de droit public.[4] Encore les œuvres qui s'occupent de la relation du droit privé et l'État de droit prêtent peu d'attention au droit international privé. Ainsi, il ne peut pas être surprenant que même la littérature de droit international privé s'occupe peu du rapport entre l'État de droit et le droit international privé.[5] Cependant, comme on va le voir, l'État de droit joue aussi un rôle au cours de l'application des règles de droit international privé.

[1] A. V. Dicey, *A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws,* (Stevens and Sons Limited, London, 1896).

[2] Voir S. Beaulac, « The Rule of Law in International Law Today » dans G. Palombella et N. Walker (dir. publ.), *Relocating the Rule of Law,* (Hart, Oxford, 2009) 197., https://doi.org/10.5040/9781472564634.ch-009 ; R. McCorquodale, « Defining the International Rule of Law: Defying Gravity? », (2016) 65 (2) *International and Comparative Law Quarterly,* 277–304., 277., https://doi.org/10.1017/S0020589316000026 ; Société Française pour le Droit International, *L'Etat de droit en droit international – Colloque de Bruxelles,* (Pedone, Paris, 2009) ; A. Moine, « L'État de droit, un instrument international au service de la paix », (2016) 2 (37) *Civitas Europa,* 65–93., 65., https://doi.org/10.3917/civit.037.0065

[3] L. M. Austin et D. Klimchuk, « Introduction » dans L. M. Austin et D. Klimchuk (dir. publ.), *Private Law and the Rule of Law,* (OUP, Oxford, 2014) 1., https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198729327.003.0001 ; W. Lucy, « The Rule of Law and Private Law » dans L. M. Austin et D. Klimchuk (dir. publ.), *Private Law and the Rule of Law,* (OUP, Oxford, 2014) 41–42., https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198729327.003.0003

[4] Austin et Klimchuk, « Introduction » 1.

[5] A titre d'exceptions, on peut mentionner M. Hazelhorst, « Mutual Trust Under Pressure: Civil Justice Cooperation in the EU and the Rule of Law », (2018) 65 *Netherlands International Law Review,* 103–130., https://doi.org/10.1007/s40802-018-0112-y ; V. Heuzé, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », (2008) (30) *La Semaine juridique – Édition générale (JCP G),* 20–23 ; V. Heuzé, « Construction européenne, État de droit et droit international privé » dans V. Heuzé et J. Huet (dir. publ.), *Construction européenne et État de droit,* (Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2012) 123–134 ; D. P. Stewart, « Private International

À l'égard d'une situation internationale de droit privé, l'appréciation du respect des valeurs de l'État de droit peut émerger dans un contexte multiétatique. L'application d'une loi étrangère peut être écartée si son application en l'espèce violait les droits humains. La question se pose aussi de savoir s'il est possible de reconnaître une décision étrangère rendue dans un pays où l'indépendance judiciaire, élément important de l'État de droit, n'est pas observée. Dans ces situations, la nécessité du respect de l'État de droit influence sans doute l'application des règles de droit international privé.

Cette contribution a pour but d'examiner comment les éléments de l'État de droit se dégagent au cours du développement du droit international privé et comment l'État de droit influence l'application des règles de droit international privé.

Notre analyse se concentrera en particulier sur le droit international privé de l'Union européenne (UE). Cela est justifié car la construction multiétatique de l'UE est basée sur une communauté de valeur qui comprend aussi l'État de droit. Comme l'article 2 du Traité sur l'Union européenne constate

> L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de *l'État de droit,* ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.[6]

II. Le concept formel de l'État de droit et le droit international privé

L'impact de l'État de droit sur le droit international privé est rarement examiné dans la littérature. Cela malgré le fait que la méthode classique du droit international privé moderne peut être considérée comme une manifestation éclatante du concept formel de l'État de droit des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles. Comme c'est bien connu, Savigny, qui est réputé comme le créateur du droit international privé moderne, en critiquant l'idée de droit naturel a pris position que le développement du droit repose sur l'esprit du peuple (« Volksgeist ») et les juristes deviennent les porteurs de la conscience juridique du peuple.[7] De cette manière, Savigny détachait le droit du pouvoir de l'État lui assurant

Law, the Rule of Law, and Economic Development », (2011) 56 (3) *Villanova Law Review,* 607, mais ce dernier article conçoit le droit international privé dans un sens plus ample qu'on fait ici.

[6] Traité sur l'Union européenne, JO C 202 du 7.6.2016, 13–45.

[7] Voir G. Hamza et A. Sajó, « Savigny a jogtudomány fejlődésének keresztútján » [Savigny au croisement du développement de la science juridique], (1980) 23 *Állam- és Jogtudomány,* 79–111., 85–86.

une autorité indépendante de l'État. Dans cette manière, l'idée de droit de l'État est apparu chez Savigny dans sa conception du droit en général.

En droit international privé, l'émancipation du droit de l'État implique aussi que la doctrine « comitas » basée sur la souveraineté territoriale et l'application exceptionnelle des lois étrangères a pu être écartée et remplacée par l'égalité des systèmes juridiques et la détermination de la loi applicable de manière que la générosité et la volonté du pouvoir public ne joue pas un rôle et où il ne fait aucune différence quelle loi est applicable.[8] Le droit international privé de Savigny est profondément imprégné par un élément spécifique de l'État de droit : la sécurité juridique. Savigny partait de la relation juridique et a examiné son aménagement dans l'espace en cherchant le siège des relations juridiques pour déterminer la loi applicable. Pour les relations juridiques typiques, Savigny a même déterminé le lieu du siège en facilitant la désignation de la loi applicable : le domicile pour les questions relatives au statut personnel ; le lieu d'une chose pour des questions de droit réel ; et le lieu d'exécution pour les contrats, *etc.* De cette façon, une solution mécanique a été élaborée qui en même temps garantit la prévisibilité. Plus encore, Savigny a visé à élever ces principes au niveau international. Il a souhaité que chaque État adopte et applique les mêmes règles de conflit. Dans une telle communauté de droit, l'harmonie internationale des solutions peut se réaliser.

La sécurité juridique est importante pour la protection des parties privées. Au sein des relations juridiques privées, la prévisibilité des règles applicables est nécessaire pour planifier les transactions entre les parties. C'est encore plus vrai dans une dimension internationale, et en particulier dans le commerce international. Dans cette dimension, des questions additionnelles se posent : les tribunaux de quel pays ont compétence pour entendre l'affaire et quelle est la loi applicable à la relation juridique des parties ? La prévisibilité doit être assurée ici aussi. L'approche d'un système juridique envers la sécurité juridique a aussi une incidence sur les méthodes d'application de la loi.[9] Cela vaut également pour le droit international privé.

Le caractère mécanique des règles de conflit a assuré sans doute cette prévisibilité. Plus tard, les règles de conflit objectives ont été complétées par la reconnaissance de l'autonomie des parties qui implique la possibilité d'une prorogation de la compétence et du choix de loi. Ces changements ont augmenté la sécurité juridique pour les parties avant même le débat juridique. Comme Heuzé le formule, en droit international privé les prévisions des parties et ainsi la sécurité juridique, en tant qu'une composante de l'État de droit, sont sauvegardées à la condition que les prévisions des parties

[8] U. Seif, « Savigny und das Internationale Privatrecht des 19. Jahrhunderts », (2001) 65 (3) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht,* 492–592., 508–510., https://doi.org/10.1628/0033725014029095

[9] J. R. Maxeiner, « Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law » (2008) 31 (1) *Houston Journal of International Law,* 27–46., 38.

soient légitimes qui est requis par l'autorité du droit, une autre composante du droit international privé.[10]

Cette approche traditionnelle correspond en fait à la conception formelle de l'État de droit et en particulier à la sécurité juridique. Donc, l'idée de l'harmonie internationale des solutions envisagée par Savigny et plusieurs générations d'universitaires en droit international privé peut bien coexister avec le concept d'État de droit. Le but de la sécurité juridique n'a même pas disparu. Aujourd'hui, l'harmonie internationale des solutions ainsi que la sécurité juridique sont espérées atteintes par l'unification du droit international privé à l'échelle régionale comme globale. Au niveau régional, on peut souligner le rôle de l'Union européenne, tandis qu'au niveau global la Conférence de La Haye de droit international privé contribue à la création des règles de conflit et règles procédurales uniformes.

Pour son caractère mécanique, le droit international privé est souvent décrit comme neutre ou moins euphémiquement aveugle en ce qui concerne le contenu de la loi désignée et l'issue de l'affaire. Pour cette raison, la neutralité ou en d'autres termes l'insensibilité du droit international privé vers les valeurs matérielles était critiqué.

III. Infiltration des valeurs matérielles au droit international privé – l'exemple des droits humains

Néanmoins, on ne peut pas ignorer que même la méthode classique du droit international privé a développé des moyens qui permettent l'infiltration des valeurs matérielles en droit international privé. Ces moyens qui seront discutés ci-dessous accueillent les aspects matériels de l'État de droit malgré la neutralité des règles de conflit. Cela peut être illustré par l'influence des droits humains sur l'application des règles de droit international privé.

Les droits humains constituent une composante importante de l'État de droit matériel. Les droits humains peuvent avoir un effet sur la mise en œuvre des règles de conflits à travers l'exception d'ordre public ou en tant que lois de police. Ces moyens du droit international privé incarnent une déviation de la neutralité du droit international privé.[11] L'exception d'ordre public peut empêcher l'application d'une loi étrangère ou la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère qui est contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique interne de l'État du for.[12] Sans doute, l'État de droit

[10] Heuzé, Construction européenne, État de droit et droit international privé, 130.

[11] F. Pförtner, « Internationales Privatrecht und Menschenrechte: Kollisionsrechtliche Fragen zur zivilrechtlichen Haftung für Menschenrechtsverletzungen », dans S. L. Gössl (dir. publ.), *Politik und Internationales Privatrecht,* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2017) 97 et 99.

[12] Concernant le rapport entre l'exception de l'ordre public et les droits humains, voir J. Oster, « Public Policy and Human Rights », (2015) 11 (3) *Journal of Private International Law,* 542–567., https://

et en particulier les droits humains peuvent être classés parmi ces principes. Ainsi, la protection des droits humains peut justifier l'entrave à l'application d'une loi étrangère ou la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère. Certaines sources de droit international privé mettent le rapport entre la protection des droits humains et la clause d'ordre public en évidence. Le règlement insolvabilité constate que

> Tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision rendue dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution.[13]

Néanmoins, le recours à la clause d'ordre public reste exceptionnel.[14] Elle est nommée aussi comme une soupape de sécurité.[15] La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) semblait accepter une possibilité restreinte de l'invocation de l'ordre public en vue de la protection des droits humains. En ce qui concerne la reconnaissance d'une décision étrangère, la CJUE a exigé l'existence d'une violation manifeste d'une règle essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit fondamental.[16] Cela présuppose que la reconnaissance ou l'exécution de la décision heurte de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis.[17] La violation du droit de la défense a pu justifier le refus de la reconnaissance d'une décision étrangère quand le juge de l'État d'origine a refusé au défendeur le droit de se faire défendre sans comparaître personnellement.[18] L'approche restrictive de la CJUE est critiquée dans la littérature pour ne permettre une mise en valeur complète des droits humains. Comme Oster l'a formulé, le droit international privé doit opérer dans le cadre des droits humains et non le contraire.[19] Il est argumenté que n'importe quelle violation des droits humains reconnus dans l'ordre juridique du for devrait être sanctionnée, pas seulement les violations qualifiées.[20]

---

doi.org/10.1080/17441048.2015.1096144 ; M. Hirschboeck, « Conceptualizing the Relationship between International Human Rights Law and Private International Law », (2019) 60 (2) *Harvard International Law Journal,* 181–199.

13 Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 141 du 5.6.2015, 19–72, art 33.

14 Voir Affaire C-7/98 *Dieter Krombach c. André Bamberski,* EU:C:2000:164, para 44.

15 F. Mosconi, « Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules » dans *Recueil des Cours de l'Académie de droit international,* Vol. 217, 1989 (Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, London, 1990) 20.

16 Krombach, para 37 ; Affaire C-38/98 *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA et Orazio Formento,* EU:C:2000:225, para 30.

17 *Renault c. Maxicar,* para 30.

18 Krombach, para 44.

19 Oster, « Public Policy and Human Rights », 552–553.

20 Ibid., 553.

En même temps, on ne peut pas ignorer que l'application de l'exception d'ordre public doit être en conformité avec le respect des droits de l'homme. Or l'application ou la non-application de la clause d'ordre public en Europe est assujettie au contrôle de la CJUE et la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). C'est pourquoi, comme un auteur l'a formulé, ce contrôle constitue une soupape de sécurité pour cette soupape de sécurité.[21] Cela s'illustre par l'affaire Negrepontis-Giannisis de la CEDH.[22] Dans cette affaire, les tribunaux grecs ont refusé la reconnaissance d'une décision américaine qui avait permis l'adoption du neveu par son oncle, un moine. Le refus a été justifié par la protection de l'ordre public grec qui comprenait aussi la prohibition ecclésiastique d'adoption par des moines. La CEDH n'a pas accepté le recours à l'ordre public en l'espèce et a établi entre autres, une violation du droit au respect de la vie privée et familiale constatant que le refus n'avait pas répondu à un besoin social impérieux.

Le droit international privé offre une autre voie pour sauvegarder les droits humains, notamment l'application des lois de police. Au niveau du droit de l'UE, l'article 9, paragraphe 1 du règlement Rome I définit la notion de lois de police. En vertu de cette disposition : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. » Les droits fondamentaux peuvent tomber sous cette définition qui est utilisée au-delà du droit des contrats.[23] Toutefois, plus souvent les droits fondamentaux sont pris en compte à travers la clause d'ordre public et pas comme lois de police.

Comme Oster l'explique, l'application des clauses d'ordre public pour protéger les droits humains peut motiver l'harmonisation globale de la sauvegarde des droits humains. Or l'usage des clauses d'ordre public en vue de la protection des droits humains et en respectant les droits humains peut conduire à la création d'un ordre public commun des droits humains. On peut y ajouter que la protection des droits humains en tant que lois de police a pratiquement un effet identique. Dans ce sens, la protection systématique des droits humains à travers l'exception d'ordre public ou en tant que lois de police peut renforcer l'État de droit dans sa dimension internationale.

[21] Hirschboeck, « Conceptualizing the Relationship between International Human Rights Law and Private International Law », 194.
[22] *Negrepontis-Giannisis c. Greece,* no. 56759/08, 3 mai 2011.
[23] Voir Affaire C-149/18 *Agostinho da Silva Martins c. Dekra Claims Services Portugal SA,* EU:C:2019:84, para 28.

IV. Indépendance judiciaire et la coopération judiciaire en matière civile

Une autre composante de l'État de droit, l'exigence de l'indépendance judiciaire, peut aussi éventuellement avoir une influence sur l'application des dispositions de droit international privé à travers la clause de l'ordre public, en particulier en relation avec la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères. D'après l'article 81, paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) « L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires ».[24] Donc, la reconnaissance mutuelle des décisions étangères est la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière civile. Dans l'UE, la reconnaissance mutuelle des décisions peut être liée à la confiance mutuelle des États membres. La reconnaissance signifie la confiance en un autre ordre juridique. Cette confiance s'étend également à la qualité de l'État de droit du pays où la décision a été rendue.

Au sein de l'UE, dans la perspective d'une coopération judiciaire en matière civile et pénale, l'indépendance judiciaire en tant que composante de l'État de droit n'a pas seulement signification pour les États individuels, mais aussi pour la mise en œuvre du tout le système de coopération judiciaire basé sur la confiance mutuelle.[25] La CJUE a confirmé à plusieurs reprises que le manque d'indépendance judiciaire peut justifier le refus de reconnaître ou exécuter une décision judiciaire rendue dans un autre État membre. Bien que ces constatations fussent faites par rapport à la coopération judiciaire en matière criminelle, et en particulier à l'exécution du mandat d'arrêt européen, l'exigence du respect de l'indépendance judiciaire en va sans doute de même pour la coopération judiciaire dans les matières civiles. Dans des affaires relatives à la possibilité de l'ordonnance d'exécution par les notaires en Croatie en vertu du règlement Bruxelles I[26] ainsi que du règlement n° 805/2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées,[27] la CJUE a noté que pour qualifier comme une « juridiction » au sens de ces règlements les décisions à exécuter ont dû être rendues dans une procédure judiciaire assurant les garanties d'indépendance et d'impartialité de même que le respect du principe du contradictoire.[28] Une telle exigence découle du principe de confiance mutuelle.

[24] Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO C 202 du 7.6.2016, 47–390.
[25] Hazelhorst, « Mutual Trust Under Pressure: Civil Justice Cooperation in the EU and the Rule of Law », 104.
[26] Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L 351 du 20.12.2012, 1–32.
[27] Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JO L 143 du 30.4.2004, 15–39.
[28] Affaire C-551/15 *Pula Parking d.o.o. c. Sven Klaus Tederahn,* EU:C:2017:193, para 54 ; Affaire C-484/15 *Ibrica Zulfikarpašić c. Slaven Gajer,* EU:C:2017:199, para 43.

À l'égard de l'exécution du mandat d'arrêt européen, la CJUE a constaté que l'exécution peut être refusée quand il est prouvé d'abord que dans l'État membre d'émission en raison de défaillances systémiques ou généralisées concernant l'indépendance judiciaire il existe un risque réel de violation du contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable, et deuxièmement qu'en l'espèce il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée courra un tel risque en cas de sa remise à l'État membre d'émission.[29] On peut supposer que les mêmes facteurs, c'est-à-dire les préoccupations générales et concrètes doivent être rassemblées pour le refus d'une décision étrangère rendue dans l'UE dans des matières civiles. Une telle situation est concevable quand généralement des préoccupations sérieuses existent à l'égard de l'État membre où la décision a été rendue quant au respect de l'indépendance judiciaire et dans le cas concret les droits du défendeur, y compris son droit à se défendre, ont été violés. La clause d'ordre public des règlements sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civiles peut être utilisée pour justifier le refus.[30] Dans la littérature, l'opinion a aussi apparue que l'exigence relatives aux défaillances systémiques ou généralisées devraient être mise à l'écart en matières civiles, parce qu'au contraire aux matières pénales il n'y a pas besoin d'évaluer prospectivement le risque des violations des droits fondamentaux (comme en cas de la remise d'une personne à un autre État membre dans le but de poursuite pénale ou pour l'exécution d'une peine privative de liberté), mais le juge peut établir rétrospectivement sur la base de preuves déjà disponibles si la décision dont la reconnaissance et exécution sont requises a porté atteinte aux droits fondamentaux.[31] Cependant, il est à noter qu'une telle distinction entre les matières pénales et civiles n'a pas été faite par la CJUE.

V. Changement de méthodologie en droit international privé ?

Après avoir vu comment les composantes matérielles de l'État de droit apparaissent en droit international privé, et surtout comment les droits humains sont admis dans le système du droit international privé à travers l'exception d'ordre public ou en tant que lois de police. Toutefois, plus généralement à cause de l'impact des droits humains sur l'application

[29] Affaire C-216/18 *PPU LM,* EU:C:2018:586 ; Affaires jointes C-354/20 PPU et C-412/20 *PPU L et P,* EU:C:2020:1033.

[30] Voir Règlement Bruxelles I, art 45, para 1, point a) ; Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, JO L 178 du 2.7.2019, 1–115, art 38, point a) ; art 39, para 1, point a). Voir aussi Hazelhorst, « Mutual Trust Under Pressure: Civil Justice Cooperation in the EU and the Rule of Law », 109.

[31] Hazelhorst, « Mutual Trust Under Pressure: Civil Justice Cooperation in the EU and the Rule of Law », 122–123.

des règles de droit international privé, plusieurs auteurs parlent d'un changement de méthodologie en droit international privé. Le modèle savignien coexiste avec une autre méthode, la méthode de reconnaissance qui est basée directement sur un élément de l'État de droit, notamment le respect des droits humains des personnes concernées.

Ce qui n'est pas une nouveauté c'est que le droit international privé gère la reconnaissance du statut personnel en déterminant les conditions et les circonstances pour qu'un statut ou droit acquis à l'étranger soit refusé. En effet depuis longtemps les codes de droit international privé contiennent des dispositions relatives à la reconnaissance des décisions étrangères. Or la reconnaissance d'une décision étrangère rend possible à la fois la reconnaissance du droit ou statut établi par la décision.

Cependant, la tendance plus récente issue de la pratique judiciaire de deux grandes juridictions européennes, la CJUE et la CEDH, requiert davantage la reconnaisance des statuts juridiques établis à l'étranger. Quant à la manière de la réalisation de la reconnaissance dans les différents systèmes juridiques, la CJUE et la CEDH donnent une marge de manœuvre pour les États membres / États parties. En tout état de cause, cette pratique judiciaire en développement ne laisse pas intact le droit international privé.

En droit de l'UE, le principe de la reconnaissance mutuelle s'est affermi dans le droit du marché intérieur, et avant tout à propos de la libre circulation des marchandises en partant du fameux arrêt Cassis de Dijon.[32] Cependant, l'exigence de la reconnaissance est apparue plus tard par rapport à la reconnaissance du nom acquis[33] par des citoyens européens à l'étranger et la reconnaissance des personnes morales établies dans d'autres États membres.[34]

La CEDH a confirmé avec plusieurs arrêts, et en particulier par rapport à l'adoption à l'étranger[35] ainsi qu'à la maternité de substitution et l'établissement du statut parental[36] que la reconnaissance du statut étranger est justifiée pour protéger avant tout le droit au respect de la vie privée et familiale.

Pour le parallélisme bien connu des pratiques de la CJUE et la CEDH, on trouve non seulement des preuves issues de la pratique de la CJUE, mais plus encore dans les dispositions de l'article 52, paragraphe 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE qui déclare que « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. » La Charte se réfère explicitement au

[32] Affaire 120/78 *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein,* EU:C:1979:42.
[33] Affaire C-353/06 *Grunkin et Paul,* EU:C:2008:559.
[34] Affaire C-208/00 *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC),* EU:C:2002:632.
[35] *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg,* no. 76240/01, 28 juin 2007 ; *Negrepontis-Giannisis c. Greece,* no. 56759/08, 3 mai 2011.
[36] *Mennesson c. France,* no. 65192/11, 26 juin 2014 ; *Labassee c. France,* no. 65941/11, 26 juin 2014.

droit au respect de la vie privée et familiale et à la liberté de circulation et de séjour, alors que concernant des personnes morales c'est la liberté d'entreprise prévue par l'article 16 qui prévaut. L'échange en résulte facilement entre les pratiques des deux cours dans des domaines aussi pertinents pour le droit international privé.

L'exigence de la reconnaissance veut rendre possible la continuité d'un statut juridique établi conformément au droit d'un État étranger, ainsi que l'exercice des droits liés dans un État pour assurer les libertés fondamentales provenant de droit de l'UE et les droits fondamentaux consacrés par la Convention. Une telle reconnaissance a bien sûr certaines conditions et limites. Avant tout, une certaine connexion est généralement requise entre la personne concernée et l'État, selon le droit duquel est issu le statut. De plus, la reconnaissance d'un statut établi à l'étranger peut être refusée pour certaines raisons, y compris la protection de l'ordre public[37] et la prohibition de l'abus de droit.[38]

Sous l'effet des décisions de la CJUE et la CEDH, la question s'est posée de savoir si l'obligation de reconnaître, consacrée par les arrêts, remplace la méthode traditionnelle du droit international privé. Car le principe de la reconnaissance n'est pas issu de la question de savoir si le statut juridique a été créé valablement en vertu de la loi matérielle désignée par les règles de conflit du for, mais plutôt si cela est arrivé selon les règles de droit (y compris les règles de conflit) de l'État étranger. Si oui, le statut juridique créé valablement à l'étranger doit être reconnu.[39] On peut rejoindre la position selon laquelle la CJUE et la CEDH exigent qu'un statut juridique créé à l'étranger soit reconnu conformément aux dispositions du TFUE ainsi que de la Convention européenne des droits de l'homme. Il n'est cependant pas essentiel de quelle manière la reconnaissance est effectuée et elle n'est pas déterminée ni par la Convention, ni par le droit de l'UE.[40] Ce qui veut dire que les méthodes traditionnelles, soit la méthode conflictuelle et la reconnaissance procédurale des décisions étrangères peuvent demeurer applicables. Ce qui compte c'est le résultat, c'est-à-dire si le droit interne, y compris les règles de conflit et les règles matérielles dans leur interaction, rend possible la reconnaissance ou non. Ainsi, les deux approches existent en parallèle : la technique du droit international privé basée sur les règles de conflit et la reconnaissance

[37] Affaire C-208/09 *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien,* EU:C:2010:806.

[38] Affaire C-438/14 *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe et Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe,* EU:C:2016:401, para 57.

[39] Voir P. Lagarde, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », (2004) 68 (2) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht,* 225–243., 233., https://doi.org/10.1628/0033725043640922

[40] C. Kohler, « Towards the Recognition of Civil Status in the European Union », in *Yearbook of Private International Law (2013/2014),* (Vol. 15, Otto Schmidt/De Gruyter, Romano, Berlin, Boston, 2014, 13–30), 21., https://doi.org/10.1515/9783866536081.13 ; M. Lehmann, « Recognition as a Substitute for Conflict of Laws? », Forthcoming, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2676015 (consulté le 30.12.2022), 1, 25 ; H-P. Mansel, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums », (2006) 70 (4) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht,* 651–731., 678., https://doi.org/10.1628/003372506778825269

des décisions étrangères ainsi que la jurisprudence de la CJUE et la CEDH axée sur le résultat qui requiert la reconnaissance des statuts créés à l'étranger pour la sauvegarde des libertés fondamentales de l'UE, ainsi que des droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme. L'exigence du droit de l'UE et de la Convention forment un cadre conforme auquel les États membres et les États parties peuvent modeler leur règles de droit international privé. De cette manière, l'obligation de la reconnaissance peut être remplie de diverses manières. Elle est un concept rapporté au résultat.

Une partie de la littérature trouve désirable l'évolution progressive de la jurisprudence bâtie sur le principe de reconnaissance[41] ou l'établissement d'une règle de reconnaissance générale dans le droit de l'UE,[42] tandis que d'autres auteurs émettent des critiques envers l'application plus large du principe de reconnaissance, premièrement à cause du manque de contours précis de la reconnaissance.[43] En particulier, il faut ajouter que l'opinion est apparue dans la littérature qui critique le principe de pays d'origine, et donc la méthode de la reconnaissance du point de vue de l'État de droit qui portent atteinte à la sécurité juridique.[44] De ce point de vue, les exigences liées à l'État de droit entrent en conflit avec la méthode de reconnaissance qui est prévue d'ailleurs juste pour la protéction des droits fondamentaux, une composante essentiel de l'État de droit.

VI. Conclusions

Bien que la littérature juridique ne prête pas beaucoup d'attention à la relation entre le droit international privé et l'État de droit, il est évident que les exigences liées à l'État de droit ont un impact significatif sur la méthode et l'application des règles de droit international privé. À première vue, l'approche mécanique de la méthode conflictuelle classique correspond largement à la conception formelle de l'État de droit dans la mesure où elle met l'accent sur la sécurité juridique et la prévisibilité lors de la désignation de la loi applicable. Cependant, même au sein de la méthode classique, les éléments de l'État de droit peuvent se faire valoir, surtout à travers la clause d'ordre public ou comme des lois de police. De plus, les exigences relatives à l'État de droit, et en particulier le respect des droits fondamentaux, influencent également la méthodologie du droit international

[41] Lagarde, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », 242.
[42] Lehmann, « Recognition as a Substitute for Conflict of Laws? », 43.
[43] D. Heinrich, « Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage », (2005) 25 *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts,* 422–424.
[44] Heuzé, Construction européenne, État de droit et droit international privé, 130 ; V. Heuzé, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen » dans *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé : esprit et méthodes,* (Dalloz, Paris, 2005) 393.

privé. À côté de la méthode conflictuelle classique, grâce à la jurisprudence de la CJUE et la CEDH la méthode de reconnaissance gagne davantage d'admissibilité en droit international privé.

Enfin, on peut faire allusion à une affaire récente d'insolvabilité où des questions préjudicielles étaient renvoyées à la CJUE par un tribunal bulgare qui, parmi d'autres, concernaient directement le respect de l'État de droit dans le contexte de l'espace de liberté, de sécurité et de justice en se référant directement à l'article 2 du TUE.[45] On demeure sans réponse à cette question, parce que la CJUE a considéré le renvoi comme manifestement irrecevable. Néanmoins, il est concevable qu'à l'avenir de plus en plus d'affaires surgiront où les tribunaux nationaux ou la CJUE devront apprécier si la mise en œuvre des règles de droit international privé correspond aux exigences de l'État de droit.

[45] Affaire C-647/18 *Corporate Commercial Bank c. Elit Petrol AD,* EU:C:2020:13.

Timár, Kinga*

Schiedsgerichtsbarkeit im ungarischen Verfassungssystem

Abstract

Under the case law of the Hungarian Constitutional Court, arbitration is founded on the negative aspect of (i.e. the right not to exercise) the right of access to justice and on the freedom of contract. The Hungarian Constitutional Court considers arbitration as an exception from the state monopoly of justice: the arbitration agreement constitutes a voluntary, contractual waiver of the jurisdiction of state courts by which the parties give up certain guarantees provided in the proceedings of state courts, such as for example the right to a legal remedy. The present article provides an overview on the case law of the Hungarian Constitutional Court, with a special focus on the following two questions: (i) does arbitration have an equal standing to state court litigation under the case law of the Hungarian Constitutional Court, and (ii) is there a fundamental right to arbitration under Hungarian constitutional law?

Keywords: arbitration, arbitration agreement, constitutional law, human rights, waiver of rights

I. Einleitung

In Bezug auf die Schiedsgerichtsbarkeit werden verfassungsrechtliche Themen relativ selten angesprochen. Solange die Schiedsgerichtsbarkeit unter staatlicher Kontrolle steht, kann sie sich von den nationalen Verfassungssystemen – insbesondere in dem Staat, in dem das Schiedsverfahren durchgeführt wird, ein staatliches Gericht trotz der Schiedsvereinbarung von einer der Parteien angerufen wird und/oder die Vollstreckung des Schiedsspruchs beantragt wird – sicherlich nicht loslösen. Deswegen ist es eine höchstrelevante Frage, welche Rolle die Schiedsgerichtsbarkeit in den nationalen Verfassungssystemen spielt und ob bzw. wie die Legitimität der Schiedsgerichtsbarkeit verfassungsrechtlich abgeleitet bzw. begründet werden kann. In diesem Beitrag werde ich diese Frage unter Zugrundelegung des ungarischen Verfassungsrechts und

* Timár, Kinga, PhD, LLM (Saarbücken, Boston), Adjunkt am Lehrstuhl für Zivilprozessrecht der Juristischen Fakultät der Eötvös Loránd Universität.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.8.95

durch Auswertung der Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts (im Folgenden: ungVG) beantworten.

Zunächst werde ich einen Überblick über die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit, d.h. über diejenige ungarischen Vorschriften mit Verfassungsrang geben, die für die Schiedsgerichtsbarkeit besonders relevant sind. Dann werde ich die Rechtsprechung des ungVG zur alten Verfassung der Republik Ungarn bzw. zum neuen Grundgesetz Ungarns darstellen und erörtern. Ziel dieses Beitrags ist es, die Antwort auf die folgenden zwei Fragen zu finden:

(i) Ist die Schiedsgerichtsbarkeit aufgrund der Rechtsprechung des ungVG gleichrangig mit der staatlichen Justizgewährung?

(ii) Gibt es im ungarischen Verfassungssystem ein Grundrecht auf Zugang zur Schiedsgerichtsbarkeit?

II. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit in Ungarn

Die am Anfang der sozialistischen Ära verabschiedete Verfassung – Gesetz Nr. XX aus dem Jahre 1949 über die Verfassung der Volksrepublik Ungarn[1] (im Folgenden: ungVerf) – war bis zum 31.12.2011 in Kraft. Nach sämtlichen Änderungen – insbesondere im Laufe bzw. zufolge der politischen Wende im Jahre 1989 – wurde die ungVerf ab dem 01.01.2012 durch ein neues Instrument – das Grundgesetz Ungarns (im Folgenden: ungGG) – ersetzt. Ein wesentlicher Teil der Rechtsprechung des ungVG zur Schiedsgerichtsbarkeit bezieht sich auf die ungVerf, deswegen muss man den Blick zuerst auf die Vorschriften der ungVerf richten.

Die Vorschriften der ungVerf, die in der Rechtsprechung des ungVG zur Schiedsgerichtsbarkeit besonders oft auftauchen, sind die Folgenden:

(i) § 57 Abs. 1 über das Recht auf Zugang zum Gericht: „In der Republik Ungarn ist jeder vor dem Gericht gleich und jeder hat das Recht, dass jegliche gegen ihn erhobenen Anklagen oder seine Rechte und Pflichten in einem Prozess von einem durch Gesetz eingerichteten, unabhängigen und unparteiischen Gericht in einer gerechten und öffentlichen Verhandlung, innerhalb einer angemessenen Frist beurteilt werden."

(ii) § 57 Abs. 5 über das Recht auf Rechtsmittel: „In der Republik Ungarn kann jeder gegen Gerichts-, Verwaltungs- oder andere behördliche Entscheidungen, die seine Rechte oder berechtigte Interessen verletzen, gemäß den gesetzlichen Bestimmungen Rechtsmittel einlegen. Das Recht auf Rechtsmittel kann – zur Sicherung der Beurteilung der Rechtsstreitigkeiten innerhalb einer angemessenen Zeit – durch

[1] Der Titel der Verfassung wurde durch § 38 Abs. 1 des Gesetzes Nr. XXXI aus dem Jahre 1989 zur Verfassung der Republik Ungarn geändert.

ein Gesetz eingeschränkt werden, das mit Zweidrittelmehrheit der anwesenden Parlamentsabgeordneten angenommen wird.

(iii) § 45 Abs. 1 über das Justizmonopol des Staates bzw. der staatlichen Gerichte: „In der Republik Ungarn wird die Justizgewährung durch das Oberste Gericht der Republik Ungarn, die Tafelgerichte, das Hauptstädtische Gericht und die Komitatsgerichte sowie die örtlichen Gerichte und die Arbeitsgerichte ausgeübt."

(iv) § 9 Abs. 1 über die Marktwirtschaft und deren Grundlagen, d.h. das Recht auf Eigentum und die Gleichheit des privaten und des öffentlichen Eigentums:

„Die Wirtschaft Ungarns ist eine Marktwirtschaft, in der das öffentliche Eigentum und das Privateigentum einen gleichberechtigten und gleichen Schutz genießen."

In der auf die Schiedsgerichtsbarkeit bezogenen Rechtsprechung des ungVG zum ungGG werden grundsätzlich die gleichen Grundrechte und Grundwerte herangezogen. Im Wortlaut der einschlägigen Vorschriften des ungVerf und des ungGG gibt es allerdings einige wesentlichen Unterschiede:

(i) Artikel XXVIII Abs. 1 über das Recht auf Zugang zum Gericht:

„Jeder hat das Recht, dass jegliche gegen ihn erhobenen Anklagen oder seine Rechte und Pflichten in einem Prozess von einem durch Gesetz eingerichteten, unabhängigen und unparteiischen Gericht in einer fairen und öffentlichen Verhandlung, innerhalb einer angemessenen Frist beurteilt werden."

(ii) Artikel XXVIII Abs. 7 über das Recht auf Rechtsmittel: „Jeder hat das Recht, gegen Gerichts-, behördliche oder andere Verwaltungsentscheidungen, die seine Rechte oder berechtigten Interessen verletzen, Rechtsmittel einzulegen."

(iii) Artikel 25 Abs. 1 und Abs. 7 über das Justizmonopol des Staates, d.h. der staatlichen Gerichte, bzw. über die Ausnahme von diesem Monopol:

„(1) Die Justizgewährung wird durch die Gerichte ausgeübt. Das oberste Gerichtsorgan ist die Kurie."

„(7) Ein Gesetz kann in einzelnen Rechtsstreitigkeiten auch das Verfahren vor anderen Organen ermöglichen."

(iv) Artikel M) über die Marktwirtschaft und deren Grundlagen, d.h. die wertschöpfende Arbeit, die Unternehmensfreiheit, die Freiheit des Wettbewerbs und den Konsumentenschutz:

„(1) Die Wirtschaft Ungarns beruht auf der wertschöpfenden Arbeit und der Unternehmensfreiheit.

(2) Ungarn sichert die Voraussetzungen für einen fairen Wirtschaftswettbewerb. Ungarn tritt gegen den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung auf und schützt die Rechte der Verbraucher."

Inwiefern die oben zitierten Vorschriften des ungVerf und des ungGG für die Schiedsgerichtsbarkeit relevant sind, werde ich in den nächsten Kapiteln erläutern.

III. Rechtsprechung des ungVG zur ungarischen Verfassung

1. Rechtsmittel in der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit

In seinen ersten Entscheidungen zur Schiedsgerichtsbarkeit musste sich das ungVG mit der Frage auseinandersetzen, ob der Ausschluss bzw. die Einschränkung der Rechtsmittelmöglichkeiten in der damaligen ungarischen institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit verfassungswidrig sei.

Das erste Schiedsverfahrensgesetz nach der politischen Wende – Gesetz Nr. LXXI aus dem Jahre 1994 (im Folgenden: ungSchiedsG 1994) – wurde erst im Jahre 1994 verabschiedet. Vor dem Inkrafttreten des ungSchiedsG 1994 war die Schiedsgerichtsbarkeit in einem gesonderten Kapitel der ungarischen Zivilprozessordnung – Kapitel XXIV (§§ 360–364) des Gesetzes Nr. III aus dem Jahre 1952 (im Folgenden: ungZPO 1952) – geregelt. Nach dieser veralteten, aus der sozialistischen Ära geerbten Regelung war gegen Schiedssprüche des Ständigen Schiedsgerichts der Ungarischen Wirtschaftskammer (im Folgenden: UWK), der ältesten ungarischen Schiedsinstitution, weder die Berufung noch die Aufhebungsklage statthaft.[2] Der absolute Ausschluss dieser Rechtsmittelmöglichkeiten wurde später, mit dem Inkrafttreten des ungSchiedsG 1994 und der Umwandlung der UWK in die Ungarische Handels- und Industriekammer (im Folgenden: UHIK) teilweise aufgelöst. Nach der neuen Regelung wurde die Berufungsmöglichkeit zwar weiterhin nicht eröffnet, die Schiedssprüche des Ständigen Schiedsgerichts der UHIK – genauso wie die Schiedssprüche von *ad hoc* Schiedsgerichten – konnten aber in bestimmten schwerwiegenden Fällen aufgrund einer Aufhebungsklage durch das zuständige staatliche Gericht aufgehoben werden.

Gegen die fehlenden bzw. eingeschränkten Rechtsmittelmöglichkeiten wurden mehrere Verfassungsbeschwerden erhoben, in denen sich die Beschwerdeführer auf eine Verletzung des Rechts auf Rechtsmittel gemäß § 57 Abs. 5 ungVerf bzw. des Rechts auf Zugang zum Gericht gemäß § 57 Abs. 1 ungVerf beriefen.

In seiner allerersten Entscheidung zur Schiedsgerichtsbarkeit[3] lehnte das ungVG eine Verletzung des Rechts auf Rechtsmittel ab. Nach dem ungVG sei die Schiedsgerichtsbarkeit eine Streitbeilegungsmethode, die von den Parteien im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit freiwillig gewählt werde. Durch den Abschluss einer Schiedsvereinbarung träfen die Parteien eine bewusste Wahl für ein bestimmtes Verfahren, und zwar im Falle eines UWK-Schiedsverfahrens ein solches Verfahren, in dem die Rechtsmittel – außer der Berichtigung und Ergänzung des Schiedsspruchs – ausgeschlossen seien. Das Recht

[2] Siehe § 364 Abs. 1 ungZPO 1952.
[3] Siehe Entscheidung des ungVG Nr. 604/B/1990 AB vom 14.01.1992.

auf eine Berufung bzw. Aufhebungsklage könne also von den Parteien einvernehmlich ausgeschlossen oder eingeschränkt werden, was einen zulässigen Verzicht auf das Recht auf Rechtsmittel darstelle.

In seinen späteren Entscheidungen[4] musste das ungVG den Ausschluss bzw. die Einschränkung der Rechtsmöglichkeiten gegen Entscheidungen des UWK- bzw. UHIK-Schiedsgerichts nicht nur in Zusammenhang mit dem Recht auf Rechtsmittel, sondern auch in Zusammenhang mit dem Recht auf Zugang zum Gericht prüfen. Das ungVG kam zu derselben Schlussfolgerung wie in seiner oben zitierten, allerersten Entscheidung: der Ausschluss bzw. die Einschränkung der Rechtsmöglichkeiten verstoße nicht gegen das Recht auf Zugang zum Gericht oder das Recht auf Rechtsmittel. Die Ausübung oder die Nichtausübung des Rechts auf Zugang zum Gericht und des Rechts auf Rechtsmittel sei ein verfahrensrechtlicher Aspekt des Selbstbestimmungsrechts. Dies bedeute, dass diese Grundrechte auch ein negatives Recht umfassen: die Nichtausübung der Rechte, die zum Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung gemacht werden könne. Die Schiedsgerichtsbarkeit basiere auf zwei Verträgen: der Schiedsvereinbarung und dem Schiedsrichtervertrag. Die Schiedsvereinbarung wurde vom ungVG als ein privatrechtlicher Vertrag mit einem verfahrensrechtlichen Gegenstand qualifiziert: die Schiedsabrede sei ein vertraglicher Verzicht auf das Recht auf Zugang zum Gericht und gegebenenfalls auch auf das Recht auf Rechtsmittel im Rahmen der Vertragsfreiheit. Die Vertragsfreiheit sei nach der ständigen Rechtsprechung des ungVG ein wesentliches Element der Marktwirtschaft, ein durch die Verfassung geschützter Wert, jedoch kein Grundrecht.[5] Die Schiedsgerichtsbarkeit ist also mit der Marktwirtschaftsklausel der ungVerf durch ihre Beziehung zur Vertragsfreiheit verbunden.

2. Rechtsstellung der Schiedsgerichte

Der andere Schwerpunkt der auf die Schiedsgerichtsbarkeit bezogenen Rechtsprechung des ungVG zur ungVerf betrifft die Rechtsstellung der Schiedsgerichte. In zahlreichen Entscheidungen[6] bestätigte das ungVG, dass Schiedsgerichte nicht zum staatlichen Justizsystem gehören und dass die richterliche Tätigkeit der Schiedsgerichte mit den Justizgewährungsaufgaben der staatlichen Gerichte nach der ungVerf nicht gleich sei. Aufgrund dieser organisatorischen und funktionellen Unterscheidung zwischen

[4] Siehe Entscheidungen des ungVG Nr. 1282/B/1993 AB vom 22.06.1994, Nr. 388/D/1999 AB vom 07.03.2006 und Nr. 1036/D/2005 AB vom 18.10.2010.

[5] Für eine weitere Analyse der Vertragsfreiheit außerhalb des Kontexts der Schiedsgerichtsbarkeit siehe Entscheidungen des ungVG Nr. 13/1990 (VI. 18.) AB und Nr. 32/1991 (VI. 6.) AB.

[6] Siehe Entscheidungen des ungVG Nr. 95/B/2001 AB vom 12.05.2003, Nr. 339/B/2003 AB vom 20.10.2009 und Nr. 1245/B/2011 AB vom 22.11.2011.

staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit stellte das ungVG in seinen Entscheidungen folgendes fest:

(i) die gesetzliche Regelung der Organisation ständiger Schiedsgerichte – anders als die Regelung der Organisation und Verwaltung staatlicher Gerichte[7] – bedürfe keiner qualifizierten (2/3) Mehrheit im Parlament;

(ii) die Tatsache, dass Schiedsrichter nicht die Immunität staatlicher Richter genössen, sei nicht verfassungswidrig;

(iii) Schiedsgerichte seien als Quasi-Gerichte und die schiedsrichterliche Tätigkeit sei als eine quasi-gerichtliche („non-judicial") Tätigkeit zu qualifizieren.

IV. Rechtsprechung des ungVG zum ungarischen Grundgesetz

Nach dem Außerkraftsetzen der ungVerf gab das ungVG seine frühere Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit nicht auf. Ganz im Gegenteil: In seiner Rechtsprechung zum ungGG stützte sich das ungVG stark auf seine früheren Entscheidungen, die noch aufgrund der ungVerf getroffen worden waren.[8] Nach dem Inkrafttreten des ungGG musste sich das ungVG allerdings auch mit solchen Fragen befassen, die vorher nicht aufgekommen waren.

1. Schiedsvereinbarung als Rechtsverzicht

In einer kurz nach dem Inkrafttreten des ungGG getroffenen Entscheidung[9] stellte das ungVG fest, dass die Einschränkung oder der Ausschluss der Rechtsmittelmöglichkeiten gegen die Entscheidungen des Schiedsgerichts nicht grundgesetzwidrig sei. Dadurch bestätigte das ungVG, dass seine frühere Rechtsprechung über das Verhältnis zwischen Schiedsgerichtsbarkeit, Recht auf Zugang zum Gericht und Recht auf Rechtsmittel unter der Geltung des ungGG weiterhin maßgebend sei.

[7] Siehe § 50 Abs. 5 ungVerf: „Zur Annahme der Gesetze über die Organisation und Verwaltung der Gerichte sowie über die Rechtsstellung und Vergütung der Richter ist eine Zweidrittelmehrheit der anwesenden Parlamentsabgeordneten notwendig."

[8] Zur Anwendbarkeit der Rechtsprechung des ungVG zur ungVerf auf Fälle, die nach dem ungGG zu beurteilen sind, siehe generell – nicht auf die Schiedsgerichtsbarkeit bezogen – Entscheidung des ungVG Nr. 22/2012. (V. 11.) AB.

[9] Siehe Beschluss des ungVG Nr. 3004/2012 (VI. 21.) AB.

In den darauffolgenden Entscheidungen[10] korrigierte das ungVG einen inhärenten Fehler seiner früheren Rechtsprechung:[11] Es machte klar, dass die Schiedsvereinbarung einen Verzicht auf das Recht auf Zugang zum Gericht im Rahmen der Vertragsfreiheit der Parteien darstelle, mit dem Recht auf Rechtsmittel jedoch überhaupt nichts zu tun habe. Durch den Abschluss einer Schiedsvereinbarung verzichteten die Parteien auf den staatlichen Gerichtsweg und dadurch auch auf die Verfahrensgarantien, mit denen das Verfahren vor den staatlichen Gerichten ausgestattet sei. Das Recht auf Rechtsmittel sei eine solche Verfahrensgarantie. Infolge des Verzichts der Parteien auf den staatlichen Gerichtsweg falle also die Frage, ob ein Rechtsmittel – die Aufhebungsklage – gegen den Schiedsspruch zugänglich sei, und wenn ja, unter welchen Bedingungen, vollkommen außerhalb des Anwendungsbereichs des Rechts auf Rechtsmittel.

Neben den vom ungVG aufgeführten Argumenten kann man gegen die Anwendbarkeit des Rechts auf Rechtsmittel auf das Schiedsverfahren auch weitere Argumente finden. Diese weiteren Argumente ergeben sich bereits aus dem Wortlaut des § 57 Abs. 5 ungVerf und des Artikels XXVIII Abs. 7 ungGG. Trotz der Abweichungen im Wortlaut der beiden Vorschriften ist klar, dass das Recht auf Rechtsmittel sowohl nach § 57 Abs. 5 ungVerf als auch nach Artikel XXVIII Abs. 7 ungGG gegen die Entscheidungen staatlicher Organe – Gerichte, Behörden und anderer Verwaltungsorgane – gesichert werden muss.[12] Die Entscheidungen von Schiedsgerichten, die keine staatlichen Organe sind, sind von dieser Verfahrensgarantie nicht erfasst. Die ständige Rechtsprechung des ungVG liefert ein weiteres Argument: Das ungVG hat den Umfang der in § 57 Abs. 5 ungVerf bzw. Artikel XXVIII Abs. 7 ungGG verankerten Rechtsmittelgarantie in zahlreichen Fällen geprüft und bestätigt, dass aus dem Grundrecht auf Rechtsmittel nur der Anspruch auf ein einziges ordentlichen Rechtsmittel abgeleitet werden könne.[13] Da die Aufhebungsklage ein außerordentliches Rechtsmittel ist, ist das Recht auf Rechtsmittel auf die Aufhebungsklage auch aus diesem Grund nicht anwendbar.

[10] Siehe Beschlüsse des ungVG Nr. 3118/2013 (VI. 4.) AB, Nr. 3116/2015 (VII. 2.) AB, Nr. 3263/2015 (XII. 22.) AB, Nr. 3174/2017 (VII. 14.) AB und 3385/2019 (XII. 19.) AB. Siehe auch Entscheidungen des ungVG Nr. 3212/2015 (XI. 10.) AB und Nr. 3265/2017 (X. 19.) AB.

[11] Für eine scharfe Kritik gegenüber der früheren Rechtsprechung des ungVG über das Verhältnis zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und dem Recht auf Rechtsmittel siehe I. Varga, A választottbíráskodás elfogadottságának alakulása Magyarországon: Privatizált bíráskodás és állami érdekek, in F. Bányai und Sz. Nagypál, *Közvetítés és vitarendezés a jogi és a vallási kultúrákban,* (ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, 2015, 1–16), 14–15.

[12] Siehe J. Wiedemann, A jogorvoslathoz való jog az Alkotmánybíróság gyakorlatában, (2019) (1) *Jogelméleti Szemle,* 174–185., 176.

[13] Siehe z.B. Entscheidungen des ungVG Nr. 9/1992 (I. 30.) AB, Nr. 22/1995 (III. 31.) AB und Nr. 25/2018 (XII. 28.) AB. Siehe auch Wiedemann, A jogorvoslathoz való jog az Alkotmánybíróság gyakorlatában, 175., 184.

2. Kompetenzen des ungVG in Bezug auf die Schiedsgerichtsbarkeit

Mit dem Inkrafttreten des ungGG wurden die Kompetenzen des ungVG wesentlich geändert. Eine der wichtigsten Änderungen war die Einführung der echten Verfassungsbeschwerde, die dem ungarischen Recht vorher unbekannt gewesen war. In Bezug auf die Bedeutung der echten Verfassungsbeschwerde für die Schiedsgerichtsbarkeit wurde das ungVG mehrmals angerufen. Das ungVG betonte in mehreren Entscheidungen,[14] dass die rechtskräftige Entscheidung eines staatlichen Gerichts über die gegen den Schiedsspruch erhobene Aufhebungsklage ohne Weiteres angefochten werden könne, das ungVG jedoch grundsätzlich keine Kompetenz habe zu prüfen, ob das Schiedsgericht ein faires Verfahren durchgeführt habe. Das Aufhebungsgericht sei dafür zuständig, etwaige Verletzungen der Verfahrensregeln durch das Schiedsgericht festzustellen, aufgrund derer dann das ungVG die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren eventuell feststellen könne. Dies bedeutet, dass es sehr schwierig ist, gegen die rechtskräftige Abweisung einer Aufhebungsklage auf der Grundlage, dass das rechtliche Gehör im Schiedsverfahren nicht gewahrt wurde, eine erfolgreiche Verfassungsbeschwerde zu erheben.

Bezüglich der echten Verfassungsbeschwerde ergibt sich eine weitere Frage: Ist dieses außerordentliche Rechtsmittel auch gegen Schiedssprüche statthaft? Schiedssprüche entfalten nämlich die gleichen Rechtswirkungen – materielle Rechtskraft und gegebenenfalls Vollstreckbarkeit – wie eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung zur Hauptsache, d.h. ein rechtskräftiges Urteil. Mit der Begründung, dass Schiedsgerichte keine staatlichen Gerichte seien und der Schiedsspruch deswegen – trotz der gleichwertigen Rechtswirkungen – keine Gerichtsentscheidung sei, kam das ungVG in einer seiner Entscheidungen[15] eindeutig zu der Schlussfolgerung, dass die echte Verfassungsbeschwerde gegen Schiedssprüche nicht zulässig sei.

Mit einer sehr ähnlichen Argumentation lehnte das ungVG auch die Ansicht ab, dass Schiedsgerichte das Recht hätten, vor dem ungVG ein individuelles Normenkontrollverfahren einzuleiten.[16] Dieses Verfahren kann von Richtern eingeleitet werden, und zwar in dem Fall, dass der Richter in dem vor ihm anhängigen Verfahren eine solche verfahrensrechtliche oder materiell-rechtliche Rechtsvorschrift anwenden müsste, die nach seiner Meinung grundgesetzwidrig ist oder zumindest grundgesetzwidrig sein könnte. Da Schiedsgerichte nicht zum staatlichen Justizsystem gehören und Schiedsrichter keine Richter sind, kam das ungVG zu dem Ergebnis, dass Schiedsrichter kein Recht zur Einleitung des individuellen Normenkontrollverfahrens hätten.

[14] Siehe Beschlüsse des ungVG Nr. 3348/2012 (XI. 19.), Nr. 3240/2013 (XII. 21.) und Nr. 3108/2016 (VI. 3.).
[15] Siehe Beschluss des ungVG Nr. 3263/2015 (XII. 22.) AB.
[16] Siehe Beschlüsse des ungVG Nr. 3116/2015 (VII. 2.) und Nr. 3263/2015 (XII. 22.).

3. Schiedsgerichtsbarkeit als Ausnahme vom staatlichen Justizmonopol

Der Ansatz, dass Schiedsgerichte nicht zur staatlichen Gerichtsbarkeit gehören und keine staatlichen Organe sind, taucht in der Rechtsprechung des ungVG immer wieder auf. In seiner Entscheidung, in der das ungVG das Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht[17] für grundgesetzwidrig erklärte,[18] wies das ungVG darauf hin, dass die Schiedsgerichtsbarkeit als eine gesetzliche Ausnahme vom staatlichen Justizmonopol unter den Anwendungsbereich des Artikels 25 Abs. 7 ungGG falle. Dieser Hinweis war nur eine Nebenaussage in der Begründung der auf das Einheitliche Patentgericht fokussierten Entscheidung, war aber das erste Mal, dass das ungVG die Schiedsgerichtsbarkeit mit Artikel 25 Abs. 7 ungGG in Zusammenhang brachte.

4. Schiedsfähigkeit von Rechtsstreiten betreffend Nationalvermögen

Das letzte erwähnenswerte Element der Rechtsprechung des ungVG zur Schiedsgerichtsbarkeit bezieht sich auf eine Sonderregelung zur Schiedsfähigkeit von Rechtsstreitigkeiten, die in Ungarn belegene Gegenstände des Nationalvermögens betreffen. Vom 01.01.2012 bis zum 18.03.2015 war die schiedsrichterliche Beilegung solcher Rechtsstreite gesetzlich untersagt.[19] Gegen diese Sonderregelung wurden mehrere Verfassungsbeschwerden erhoben, und zwar mit der Begründung, dass sie mit den Pflichten Ungarns aus verschiedenen Völkerverträgen (Genfer Übereinkommen,[20] New Yorker Übereinkommen,[21] ICSID Übereinkommen,[22] bilaterale Investmentabkommen) und dadurch mit Artikel Q) Abs. 2 ungGG[23] unvereinbar sei, gegen die Rechtssicherheit verstoße und das Recht auf Menschenwürde sowie das Recht auf den gesetzlichen Richter verletze.

[17] Abgeschlossen zwischen 25 EU-Mitgliedstaaten, einschließlich Ungarns, in Brüssel am 19.02.2013.
[18] Siehe Entscheidung des ungVG Nr. 9/2018 (VII. 9.) AB.
[19] Siehe Artikel 17 Abs. 3 des Gesetzes Nr. CXCVI aus dem Jahre 2011 über das Nationalvermögen in der Fassung vom 01.01.2012 bis zum 18.03.2015. Zwischen 13.06.2012 und 18.03.2015 enthielt § 4 des ungSchiedsG 1994 eine sehr ähnliche Regelung.
[20] Europäisches Übereinkommen über die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, abgeschlossen in Genf am 21.04.1961. Das Übereinkommen wurde von Ungarn am 21.04.1961 unterzeichnet und mit Gesetzesverordnung Nr. 8 aus dem Jahre 1964 verkündet.
[21] Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, abgeschlossen in New York am 10.06.1958. Das Übereinkommen wurde von Ungarn am 05.03.1962 unterzeichnet und mit Gesetzesverordnung Nr. 25 aus dem Jahre 1962 verkündet.
[22] Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten, abgeschlossen in Washington am 18.03.1965. Das Übereinkommen wurde von Ungarn am 01.10.1986 unterzeichnet und mit Gesetzesverordnung Nr. 27 aus dem Jahre 1987 verkündet.
[23] Artikel Q) Abs. 2 ungGG lautet wie folgt: „Ungarn sichert zur Erfüllung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen den Einklang zwischen Völkerrecht und ungarischem Recht".

Die Berufung auf die Verletzung von Grundrechten wies das ungVG als unzulässig ab. Da die Beschwerdeführer juristische Personen waren, die keine Träger der Menschenwürde sind, kam die Verletzung des Rechts auf Menschenwürde überhaupt nicht in Betracht.[24] Den Antrag bezüglich des Rechts auf den gesetzlichen Richter fand das ungVG nicht bestimmt genug, da selbst die Beschwerdeführer sich nicht sicher waren, ob dieses Recht in Bezug auf die Schiedsgerichtsbarkeit anwendbar sei.[25] Zur Vermeidung einer Verletzung der völkervertraglichen Pflichten Ungarns und zur Bewahrung der Rechtssicherheit nahm jedoch das ungVG eine grundgesetzkonforme Auslegung der Sonderregelung an: Es machte klar, dass der Ausschluss der schiedsrichterlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf Nationalvermögen keine Rückwirkung habe.[26] Dies bedeutet, dass die Sonderregelung auf Schiedsvereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten der Regelung (d.h. vor dem 01.01.2012) getroffen worden waren, nicht anzuwenden ist.

V. Fazit

Aufgrund der Rechtsprechung des ungVG kann man festhalten, dass das ungVG die Legitimität der Schiedsgerichtsbarkeit aus dem negativen Aspekt – d.h. aus dem Recht zur Nichtausübung – des Rechts auf Zugang zum Gericht und aus der Vertragsfreiheit ableitet.[27] Das ungVG betrachtet die Schiedsgerichtsbarkeit als eine Ausnahme vom staatlichen Justizmonopol. Die Schiedsvereinbarung stelle nach Ansicht des ungVG einen freiwilligen, vertraglichen Verzicht auf den staatlichen Gerichtsweg dar und durch diesen Verzicht gäben die Parteien auch bestimmte Verfahrensgarantien auf, mit denen das Verfahren staatlicher Gerichte versehen sei. Dazu gehört unter anderem das Recht auf Rechtsmittel.

Mit Rücksicht auf die Unterscheidung zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Justizgewährung sowohl aus einem organisatorischen als auch aus einem funktionellen Gesichtspunkt sieht es so aus, dass das ungVG die Schiedsgerichtsbarkeit mit der staatlichen Justizgewährung nicht für gleichwertig hält. Dies folgt insbesondere aus der Qualifizierung der schiedsrichterlichen Tätigkeit als quasi-gerichtliche

[24] Siehe Beschlüsse des ungVG Nr. 3089/2013 (IV. 19.) AB und Nr. 3139/2013 (VII. 2.).
[25] Siehe Beschluss des ungVG Nr. 3139/2013 (VII. 2.).
[26] Siehe Entscheidung des ungVG Nr. 14/2013 (VI. 17.) und Beschluss des ungVG Nr. 3139/2013 (VII. 2.).
[27] Zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit aufgrund der Rechtsprechung des ungVG siehe auch M. Boronkay und Gy. Wellmann Jr., A választottbíráskodás helyzete Magyarországon, (2015) (12) *MTA Law Working Papers,* 1–31., 10., https://jog.tk.mta.hu/uploads/files/mtalwp/2015_12_Boronkay-Wellmann.pdf (letzter Zugriff: 30.12.2022), und L. Tóth, A választottbíróság elé vihető ügyek a magyar jogban, (2005) OTDK Különszám, *Debreceni Jogi Műhely,* http://www.debrecenijogimuhely.hu/archivum/otdk_kulonszam/valasztottbirosag_ele_viheto_ugyek_a_magyar_jogban/ (letzter Zugriff: 30.12.2022), Kapitel III, Punkt 1.

(„non-judicial") Tätigkeit. Insofern als dass es darum geht, dass Schiedsgerichte keine Hoheitsgewalt ausüben, scheint diese Qualifizierung begründet zu sein. Betrachtet man aber den Inhalt und das Ergebnis der schiedsrichterlichen Tätigkeit – die endgültige Beilegung einer Rechtsstreitigkeit nach Anhörung der Parteien und Durchführung einer Beweisaufnahme, unter Anwendung von Rechtsvorschriften, durch eine Entscheidung, die materielle Rechtskraft entfaltet und Gegenstand einer Zwangsvollstreckung sein kann –, ist die Verwendung des Ausdrucks „quasi-gerichtlich" („non-judicial") jedoch äußerst fraglich.

Was die andere Frage angeht, ob es ein Grundrecht auf Zugang zur Schiedsgerichtsbarkeit gibt, so findet sich die Antwort einerseits in der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Vertragsfreiheit und andererseits in der Rechtsprechung des ungVG zur Schiedsfähigkeit von Rechtsstreiten betreffend Nationalvermögen. Nach ständiger Rechtsprechung des ungVG sei die Vertragsfreiheit kein Grundrecht, sondern ein durch die Verfassung bzw. durch das Grundgesetz geschützter Grundwert. Dementsprechend kann die von der Vertragsfreiheit abgeleitete Möglichkeit der Parteien, ihre Rechtsstreitigkeiten, statt vor ein staatliches Gericht vor ein Schiedsgericht zu bringen, ebenso kein Grundrecht sein. Gäbe es ein solches Grundrecht, hätte das ungVG die Sonderregelung über die Schiedsunfähigkeit von Rechtsstreiten in Bezug auf das Nationalvermögen aus diesem Grund wahrscheinlich für grundgesetzwidrig gehalten. Folglich kann man festhalten, dass die Freiheit der Parteien zur Vereinbarung des Schiedswegs zwar einen bestimmten verfassungsrechtlichen Schutz genießt, jedoch kein Grundrecht ist.[28] Dies folgt auch aus Artikel 25 Abs. 7 ungGG, nach dem es für den Gesetzgeber nur eine Möglichkeit und keine Pflicht ist, in bestimmten Rechtsstreitigkeiten das Verfahren anderer, außergerichtlicher Organe zu ermöglichen.

[28] Siehe auch Boronkay und Gy. Wellmann Jr., A választottbíráskodás helyzete Magyarországon, 13.; L. Kecskés, A választottbíráskodás problémái Magyarországon a 2017. évi LX. törvény elfogadása utáni helyzetben, in L. Kecskés und P. Tilk (eds), *A választottbíráskodás és más alternatív vitarendezési eljárások jogi szabályozásának alapjai,* (PTE ÁJK, Pécs, 2018, 95–114) 105.

Broyelle, Camille*

Droit de l'Union européenne et constitutions nationales

Abstract

Strengthened by EU law, national constitutions have so far also been instruments for strengthening the rule of law in the European Union. Recently, they have been used by national judges against this legal order.

Keywords: national constitutions, equivalence of protections, Europe of judges, constitutional identity, primacy, *ultra vires*

I. Introduction

Avec ce thème, nous abordons frontalement le nœud des tensions actuelles entre les États et l'Union européenne. C'est en effet sur ce terrain, celui des relations entre la Constitution et le droit de l'Union, que se joue la remise en cause du projet européen, la Constitution étant utilisée contre l'Union européenne et parfois aussi contre le modèle de l'État de droit dont elle est pourtant l'élément constitutif.

Le sujet, ancien,[1] est d'une actualité brûlante, que l'on songe à la décision du Tribunal constitutionnel polonais du mois d'octobre 2021[2] ou, dans un registre différent, à celle de la Cour constitutionnelle de Hongrie, du mois de décembre 2021. L'enjeu est considérable, politique et sociétal, et les « cartes » sont entre les mains des juges nationaux qui doivent trouver des solutions en empruntant le vocabulaire juridique, c'est-à-dire en se pliant (ou en prétendant se plier) aux contraintes du raisonnement juridique. On a coutume de parler de « l'Europe des juges », c'est-à-dire d'une Europe bâtie par les juges. Mais on le mesure aujourd'hui, l'Europe des juges, c'est également l'Europe détruite par les juges.

* Broyelle, Camille, Professeure de droit, Université Paris Panthéon-Assas.

1 Pour la littérature classique en la matière, en langue française, V. notamment, L. Dubouis, Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne, in *Mélanges J Boulouis,* (Dalloz, 1992) 205. ; V. Constantinesco, Les rapports entre les traités et la Constitution : du droit interne au droit communautaire, in *Mélanges G. Cohen-Jonathan,* (Bruylant, 2004) 463. ; J.-P. Jacqué, Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques, (2007) 69 (1) *Revue française de droit constitutionnel,* 3–37., 3., https://doi.org/10.3917/rfdc.069.0003

2 Tribunal constit. polonais, 7 oct. 2021, JCP 2021, doctr. 1181, étude F. Martucci.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.9.107

Ce risque – les « europhiles » considèreront qu'il s'agit d'un risque – vient paradoxalement de ce que l'Europe a renforcé les constitutions nationales, leur donnant la vigueur nécessaire pour promouvoir le droit de l'Union (II.) mais aussi pour se retourner contre lui (III.).

II. Constitutions et promotion du droit de l'Union européenne

Le droit européen, notamment le droit de l'Union, a exercé un rôle moteur dans l'amélioration des procédures permettant la protection des constitutions nationales. C'est le cas en France. Le contrôle de constitutionnalité de la loi *a posteriori,* que toute partie à un procès peut déclencher, a été institué, en 2010,[3] sous l'influence du droit européen.

Affermies par le droit de l'Union, les constitutions nationales sont, dans un mouvement inverse, des vecteurs puissants de promotion et d'instauration de l'Etat de droit au sein même de l'Union européenne. La jurisprudence *Solange* de la Cour constitutionnelle allemande[4] a considérablement œuvré pour la protection des droits fondamentaux à l'échelle européenne. Sans elle, la Cour de justice n'aurait probablement pas mis en place la protection des principes généraux du droit communautaire, « inspirés », comme ce sera écrit plus tard dans les textes fondateurs, des traditions constitutionnelles nationales. Sans la jurisprudence *Solange* de la Cour de Karlsruhe, les États n'auraient peut-être pas adopté la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les Constitutions nationales ont ainsi été moteurs dans l'instauration d'un « Etat de droit » au niveau européen, et de renforcement de l'ordre juridique européen.

La Constitution est parfois aussi utilisée par les juges nationaux pour justifier la primauté du droit de l'Union sur la Constitution elle-même. On songe ici aussi au cas français : pour justifier l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois ou des actes réglementaires permettant la mise en œuvre en droit interne des directives ou règlements, le Conseil constitutionnel français puis le Conseil d'État ont invoqué la Constitution. En s'appuyant sur une disposition assez obscure du texte constitutionnel,[5] ils ont soutenu que la Constitution elle-même leur imposait de ne pas contrôler la constitutionnalité des actes de transposition des directives ou d'adaptation du droit pour la mise en œuvre d'un règlement, à condition toutefois que ne soit pas en cause un

[3] Réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008.
[4] Cour constit. allemande, 29 mai 1974, 2 BvL 52/71.
[5] Art. 88-1, Constitution française : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».

principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (Conseil constitutionnel[6]) ou une exigence constitutionnelle ne bénéficiant pas d'une protection équivalence en droit de l'Union (Conseil d'Etat[7]).

Suscité par le droit de l'Union, l'éveil des constitutions nationales a ainsi joué en faveur du droit de l'Union européenne, d'un point de vue substantiel et procédural. Il joue aujourd'hui contre le projet européen.

III. Constitutions nationales et remise en cause du droit de l'Union européenne

La Cour constitutionnelle allemande a, de façon assez spectaculaire, ouvert une brèche le 5 mai 2020 en jugeant, au nom de la Loi fondamentale, que les institutions européennes avaient outrepassé leurs compétences[8] et en refusant de se conformer à un arrêt préjudiciel de la Cour de justice. En juillet 2021, le Conseil d'Etat français invoque l'équivalence des protections, dont un principe constitutionnel doit bénéficier en droit de l'Union pour échapper à la sanction du juge national, afin de justifier la primauté des exigences de la sécurité nationale sur la jurisprudence de la Cour de justice.[9] Le 7 octobre 2021,[10] le Tribunal constitutionnel polonais juge qu'en condamnant la Pologne sur la base de dispositions du traité contraire à la Constitution polonaise, la Cour de justice avait outrepassé sa compétence.[11] Le 15 octobre 2021,[12] le Conseil constitutionnel français invoque l'identité constitutionnelle et lui donne pour la première fois un contenu (l'interdiction de déléguer des compétences de police à des personnes privées), pour expliquer qu'il pourrait s'opposer à la primauté du droit de l'Union sur la constitution française. Le 7 décembre 2021,[13] la Cour constitutionnelle hongroise a rappelé une doctrine proche de l'*ultra vires* qui écarte la primauté du droit de l'Union lorsque

[6] Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, et avant, Cons. const. 10 juin 2004, n° 2004-496 DC.
[7] CE, ass., 8 févr. 2007, n° 287110, *Sté Arcelor*, Rec. ; RFDA 2007, p. 384, concl. Guyomar.
[8] BVerfG., 5 mai 2020, 2 BvR 859/15 ; JCP G, 2020, étude 707, F. Martucci ; RTD eur. 2020. 785 (dossier spécial) ; F. C. Mayer, The Ultra Vires Ruling : Deconstructing the German Federal Constitutional Court's PSPP decision of 5 May 2020, (2020) 16 (4) *European Constitutional Law Review,* 733–769., 740., https://doi.org/10.1017/S1574019620000371
[9] CE, ass., 21 avr. 2021, n° 393099, *French Data Network*, Rec. ; RFDA 2021. 421, concl. Lallet ; AJDA 2021. 1194, chron. C. Malverti et C. Beaufils.
[10] https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej (consulté le : 30.12.2022).
[11] Sur cette décision, F. Reverchon, https://blog.juspoliticum.com/2021/10/19/le-nouvel-arret-du-tribunal-constitutionnel-polonais-sur-lapplication-du-droit-europeen-quelles-consequences-juridiques-par-florian-reverchon/ (consulté le : 30.12.2022).
[12] Cons. const. 15 oct. 2021, n° 2021-940 QPC, *Sté Air France.*
[13] http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1DAD915853CBC33AC1258709005BB1A1?-OpenDocument (consulté le : 30.12.2022).

celui-ci méconnait un droit fondamental, l'identité constitutionnelle de la Hongrie ou sa souveraineté. Ou encore, et pour limiter ici les exemples, le Conseil d'État français a considéré que devait primer sur les exigences européennes contraires le principe constitutionnel de libre disposition des forces armées, ce dernier ne recevant pas, en droit de l'Union, une protection équivalente à celle dont il bénéficie en droit français.[14]

Dans tous les cas, les mobiles qui animent les juges sont évidemment éminemment politiques : en brandissant leur Constitution, les juridictions nationales opposent tout simplement la souveraineté de leur État qu'il serait inacceptable, selon eux et dans certains des cas dont ils sont saisis, d'abandonner aux institutions européennes, notamment à la Cour de justice. Mais précisément, la résistance étant opposée par des juges, elle s'exprime dans la langue du droit et se plie (ou feint de se plier) à la grammaire et aux raisonnements juridiques. Et l'on découvre alors, en examinant les décisions mentionnées ici, que le vocabulaire juridique s'est considérablement enrichi, les justifications apportées par les juridictions nationales offrant une palette de nuances extrêmement riche destinée à transmettre un message aussi précis que possible aux institutions européennes.

Toutes les juridictions nationales se sont ainsi arrogé le droit de faire prévaloir leur Constitution sur le droit de l'Union, mais toutes ne le formulent pas de la même façon. Au regard du projet européen, le discours le plus violent est certainement celui articulé autour de l' *« ultra vires »*. Derrière ce vocabulaire, étranger à certaines traditions juridiques, s'abrite la prétention de celui qui l'emploie à apprécier un acte du droit de l'Union au regard du droit de l'Union lui-même. Sortant du cadre national, la juridiction se place alors sur le terrain du droit européen. Rien de tel avec l'argument de « l'identité constitutionnelle » ou celui « l'équivalence des protections », qui conduisent les juges qui les invoquent à apprécier le droit de l'Union au regard seulement de leur propre ordre juridique.[15] Enfin, entre la brutalité de l' *« ultra vires »* (dont on ne mesure pas encore toutes les implications) et les formules plus policées du « principe inhérent à l'identité constitutionnelle » ou de « l'équivalence des protections », une gradation de termes existe qui exprime une plus ou moins grande propension du juge national à entamer un véritable dialogue avec la Cour de justice. C'est ainsi par exemple que le principe d'identité constitutionnelle, invoqué par le Conseil constitutionnel français, fait référence, comme l'avait indiqué un ancien président du Conseil constitutionnel,[16] à ce qui est « distinctif » et non pas à ce qui est « crucial », le juge se gardant ainsi d'établir une hiérarchie entre les principes constitutionnels, selon leur importance.[17]

[14] CE, ass., 17 déc. 2021, n° 437125, RFDA 2022. 117, concl. Le Corre ; AJDA 2022. 273, chron. C. Malverti et C. Beaufils.

[15] S. Frisch, Le contrôle national de constitutionnalité a posteriori du droit de l'Union européenne à la lumière de la jurisprudence récente, (2022) (7) *La revue des juristes de Sciences po.*

[16] P. Mazeaud, *Vœux du Président du Cons. const. au Président de la République,* Nouv. Cahiers du Cons. const. 2005, n° 18.

[17] Sur ce point, P. Deumier, note sous Cons. const., 15 oct. 2021, n° 2021-940, QPC, Sté Air RTD civ. 2022, 89.

Qu'il s'agisse de la faire ou de la défaire, l'Europe des juges prend pour levier les constitutions nationales. Quoi qu'ils leur fassent dire, les juges doivent se plier ou feindre de se plier à la grammaire du droit et aux exigences du raisonnement juridique. Certainement pas suffisantes pour protéger l'Etat de droit – européen ou national –, ces contraintes sont cependant nécessaires. Elles supposent alors, entre autres, l'existence de véritables juges, indépendants et impartiaux. Quel que soit son destin, l'Europe des juges doit être celle de véritables juges.

Gárdos-Orosz, Fruzsina*

Particularités constitutionnelles et le rôle de la Cour constitutionnelle – la notion de la constitution historique et son interprétation en Hongrie

Abstract

The article aims to highlight the nature and relevance of the reference to constitutional traditions in the new construction of illiberal constitutionalism in Hungary, with particular attention to the case of the constitutional jurisprudence related to it. In Hungary, the aims and effects of this reference – especially references to the achievements of the historical constitution – are to be discussed at the level of the constitutional text and with regard to the formation of new constitutional jurisprudence and, furthermore, the creation of the new constitutional identity. Remarkable theories have been developed on the elements of illiberalism or national populism in political science scholarship, and all of them emphasize the importance of the nation's pride in its culture, history and traditions as a fundamental political aspiration. This article examines the normative legal consequences of this phenomenon in a state where this idea has consecutively won a majority in Parliament, allowing political designers to adopt and amend a constitution and to decide on the competence and composition of the Constitutional Court. The article offers a critical narrative of this constitutional concept with regard to its legal relevance that is formed significantly by the Constitutional Court.

Keywords: illiberal constitutionalism, Hungarian constitutionalism, the Fundamental Law of Hungary, the achievements of the historical constitution, constitutional identity, populist constitutionalism

* Gárdos-Orosz, Fruzsina, professeur associé, ELTE Ecole de Droit ; chercheuse, Centre de research sociale, Institute juridique, Budapest.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.10.113

I. Introduction[1]

En Hongrie, la référence aux traditions constitutionnelles a joué un rôle important – dans la structuration du peuple comme source de la souveraineté, dans l'analyse de l'élaboration de la constitution elle-même, et également dans l'évaluation de la création de l'identité constitutionnelle depuis 2010, au moins à l'égard des sciences politiques.[2]

Cet article tente d'identifier cet élément important du constitutionnalisme populiste. En Hongrie, l'une des forces du nouveau constitutionnalisme après 2010 a été que non seulement la rhétorique politique mais aussi le droit constitutionnel connexe qui ont fonder leur légitimité sur une référence aux traditions nationales. La Hongrie pourrait être un test décisif pour examiner ce phénomène, car en 2010, la coalition Fidesz–KDNP a remporté une majorité des deux tiers au Parlement, une majorité qui permet la création et la modification de la constitution.[3] Par conséquent, pour le parti populiste, il a été possible de dépasser la rhétorique et de commencer à modifier la constitution immédiatement à partir de 2010. Par l'adoption de la nouvelle constitution en 2011, et ensuite par les 11 amendements apportés à la Loi fondamentale[4] (constitution), la majorité gouvernementale a pu facilement mettre en œuvre dans la constitution et dans le système juridique tous les changements qu'elle jugeait nécessaires pour l'établissement du nouveau régime.

Luigi Corrias écrit, à propos de l'identité constitutionnelle en tant qu'État collectif, que pour les régimes populistes, l'identité constitutionnelle est sans doute l'une des trois reconstructions les plus importantes du constitutionnalisme populiste.[5] Roger Eatwell et Mattheu Goodwin, dans leur livre sur le populisme national identifié comme une révolte contre la démocratie libérale, attirent l'attention sur le rôle des traditions nationales dans la création de l'identité constitutionnelle du populisme national.[6] Mudde et Kaltwasser, dans leur très brève introduction au populisme, parlent de la culture comme d'une composante de la notion de peuple dans certains régimes populistes.[7]

---

[1] L'article est une version abrégée de mon précédent article publié en Anglais sous le titre : F. Gárdos-Orosz, The reference to constitutional traditions in populist constitutionalism – The case of Hungary, (2020) 61 (1) *Hungarian Journal Of Legal Studies,* 23–51., https://doi.org/10.1556/2052.2021.00298

[2] B. Bugaric, The two faces of populism: Between authoritarian and democratic populism, (2019) 20 (3) *German Law Journal,* 390–400., 390–391., https://doi.org/10.1017/glj.2019.20

[3] Voir, Z. Szente et F. Gárdos-Orosz, Judicial deference or political loyalty?, in Z. Szente et F. Gárdos-Orosz (eds), *New challenges to constitutional adjudication in Europe,* (Routledge, 2018) 89–110., https://doi.org/10.4324/9781315164632-7

[4] T. Drinóczi et A. Bień-Kacała, Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland, (2019) 20 (8) *German Law Journal,* 1140–1166., https://doi.org/10.1017/glj.2019.83

[5] L. Corrias, Populism in a Constitutonal Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity, (2016) 12 (1) *European Constitutional Law Review,* 6–26., https://doi.org/10.1017/S1574019616000031

[6] R. Eatwell et M. Goodwin, *National Populism: The Revolt Against Liberal Democracy,* (Pélican, 2018) 7–34.

[7] Bugaric, The two faces of populism: Between authoritarian and democratic populism, 390–395.

Jan-Werner Müller souligne également que les populistes rejettent la représentation politique comme représentation de la volonté générale selon la conception de Rousseau. Les populistes parlent plutôt du *Volksgeist,* où l'identité et la culture commune qui sont beaucoup plus importantes que la volonté réelle de la majorité numérique (la démocratie en tant que règle de majorité pure).[8] Blokker, allant encore plus loin dans sa réflexion, affirme que le « peuple » n'est pas une entité réelle pour les populistes, en ce sens que le concept de peuple n'est pas centré sur la société, mais que le peuple et la souveraineté populaire ont un contenu transcendant, métaphysique ; le peuple est un « sujet collectif » à part entière, fondé sur les traditions, les souffrances communes du passé et l'histoire qui unit un peuple.[9] C'est là qu'interviennent les traditions constitutionnelles, que ces éléments soient réels ou supposés. L'idée que les traditions et la culture communes, en particulier les traditions et la culture juridiques, sont importantes pour la création d'un État est sans aucun doute une affirmation vraie. La question est de savoir comment cette référence est utilisée dans un système juridique moderne doté d'une constitution à charte, comme en Hongrie la Loi Fondamentale de 2011. Quelle est la place, le rôle, la nature et les réalisations juridiques de la Cour Constitutionnelle issues de cette proposition ainsi que les préoccupations qui l'entourent ? Cet article vise à commenter cet enjeu à travers le cas hongrois.

II. Le changement constitutionnel hongrois

La Hongrie est un pays où les partis gouvernementaux bénéficient d'un large soutien populaire et d'une majorité constitutionnelle au Parlement.[10] Lors des élections générales de 2010, l'ancien parti d'opposition de droite, le Fidesz, et son partenaire, le Parti chrétien-démocrate, ont remporté une victoire écrasante, et le nouveau gouvernement a obtenu une majorité des deux tiers. Au printemps 2011, le Parlement, en l'absence des deux partis d'opposition démocratiques (qui, protestant contre la « destruction de l'État de droit », ont boycotté l'ensemble du processus d'élaboration de la Constitution), a approuvé une nouvelle loi fondamentale de la Hongrie (Loi Fondamentale).

La nouvelle Loi fondamentale, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2012, a introduit certains principes et méthodes explicites d'interprétation constitutionnelle. Les normes initiales du contrôle constitutionnel ont été établies par la Cour

[8] J. W. Müller, *What is Populism?*, (University of Pennsylvania Press, 2016) 53.
[9] P. Blokker, Populism as a Constitutional Project, (2019) 17 (2) *International Journal of Constitutional Law,* 536–553., 542., https://doi.org/10.1093/icon/moz028
[10] Cette partie est basée sur une analyse précédente publiée sous le titre F. Gárdos-Orosz, Constitutional interpretation under the new Fundamental Law of Hungary, in F. Gárdos-Orosz et Z. Szente, *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond,* (Routledge, 2021) 143–159., https://doi.org/10.4324/9781003148944-11

constitutionnelle dans les années 1990. L'outil d'interprétation le plus important était le « test de nécessité-proportionnalité », par lequel la Cour contrôlait constamment la constitutionnalité des limitations des droits, en se basant plus ou moins sur le modèle de la juridiction du *Bundesverfassungsgericht* allemand. Cette approche a été codifiée par la Loi fondamentale à l'art. 1.[11] Une autre grande règle générale d'interprétation constitutionnelle a toutefois été introduite à l'art. R) para (3) de la Loi fondamentale. Selon l'article R paragraphe (3), les dispositions de la Loi fondamentale doivent être interprétées (a) « conformément à leurs objectifs », (b) « avec l'aveu de la foi nationale », et (c) « avec les réalisations de notre constitution historique ». Le paragraphe (4) du même article stipule que « la protection de l'identité constitutionnelle et de la culture chrétienne de la Hongrie est une obligation pour chaque organe de l'État ». Selon l'art. N) alinéa (1) « Dans l'exercice de leurs fonctions, la Cour constitutionnelle, les tribunaux, les collectivités locales et les autres organes de l'État sont tenus de respecter le principe selon lequel la Hongrie applique le principe d'une gestion budgétaire équilibrée, transparente et durable ».[12]

La composition de la Cour constitutionnelle a également été complètement modifiée. Quelques mois seulement après sa formation en 2010, la nouvelle coalition gouvernementale, utilisant sa majorité des deux tiers, a transformé le processus de nomination des juges de la Cour constitutionnelle. Depuis lors, la composition de la commission parlementaire chargée de la nomination n'est plus basée sur la parité, mais reflète la force des parties au Parlement. En outre, l'art. 24 de la Loi fondamentale a introduit une nouvelle conception, avec 15 juges au lieu des 11 précédemment. La nouvelle constitution a habilité le Parlement à élire le juge en chef de la Cour (auparavant, il était élu par les juges eux-mêmes).

Le processus d'élaboration de la Constitution, ainsi que les modifications de l'activité législative qui ont suivi, ont non seulement donné lieu à de vifs débats dans le pays, mais ont également provoqué des remous au niveau international.

Le Premier ministre Viktor Orbán, dans un discours prononcé en juillet 2014, a ouvertement exprimé son point de vue sur les objectifs politiques du gouvernement. Tout en faisant l'éloge de Singapour, de la Chine, de l'Inde, de la Turquie et de la Russie qui « font le succès de [leurs] nations – et sont les nouvelles – stars des analyses

[11] Les règles relatives aux droits et obligations fondamentaux sont fixées par des lois. Un droit fondamental ne peut être limité pour permettre l'exercice d'un autre droit fondamental ou pour protéger une valeur constitutionnelle que dans la mesure où cela est absolument nécessaire, proportionnellement à l'objectif poursuivi et dans le respect du contenu essentiel de ce droit fondamental. Art. I. para (3) de la Loi Fondamentale.

[12] T. Drinóczi, N. Chronowski et M. Kocsis, What questions of interpretation may be raised by the new Hungarian constitution?, (2012) 1 (6) *Vienna Journal on International Constitutional Law,* 41–64., https://doi.org/10.1515/icl-2012-0103

internationales », il a déclaré que « le nouvel État que nous construisons est un État illibéral, un État non libéral ».[13]

La Cour constitutionnelle ayant été dès ses débuts un puissant contrepoids au pouvoir exécutif, il n'est pas surprenant que l'organe ait été impliqué dans les changements constitutionnels. En 2016, tous les juges de la Cour constitutionnelle ont été élus pour 12 ans, au lieu de 9 ans auparavant, et tous sont approuvés, sinon nommés, par la majorité au pouvoir.[14]

Le quatrième amendement à la Loi fondamentale de mars 2013, dans le but apparent de forcer l'organe à changer sa pratique interprétative, a abrogé tous les arrêts de la Cour constitutionnelle rendus avant l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale (1er janvier 2012).[15] Le même amendement, qui a créé un environnement hostile, a ouvertement annulé de nombreuses décisions antérieures de la Cour constitutionnelle qui avaient déclaré inconstitutionnels d'importants actes législatifs de la majorité gouvernementale au Parlement, en inscrivant les dispositions controversées dans le texte de la Loi fondamentale afin d'éliminer tout autre contrôle judiciaire.[16]

Si nous analysons les raisons des changements de l'environnement constitutionnel et surtout de la pratique de la Cour constitutionnelle depuis 2010, nous pouvons conclure que la crise financière mondiale, le danger terroriste, le flux de migrants ou tout autre nouveau défi ne donnent pas d'explications plausibles aux changements fondamentaux qui se sont produits. La plupart des changements dans la jurisprudence constitutionnelle ont été provoqués par les tendances politiques et constitutionnelles incontestables qui construisent ce que l'on appelle une « démocratie illibérale », ou un constitutionnalisme populiste rejetant les contrepoids institutionnels contre le pouvoir exécutif et construisant lui-même un État basé sur la nation unie.

[13] L'intégralité du discours peut être consultée sur le site : http://hungarianspectrum.wordpress.com/2014/07/31/viktor-orbans-speech-at-the-xxv-balvanyos-free-summer-university-and-youth-camp-july-26-2014-baile-tusnad-tusnadfurdo/ (consulté le 30.12.2022).

[14] Z. Szente, The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court between 2010 and 2014, (2016) 1 (1) *Constitutional Studies,* 123–149.

[15] P. Sonnevend, A. Jakab et L. Csink, The constitution as an instrument of everyday party politics: The Basic Law of Hungary, in A. von Bogdandy et P. Sonnevend (eds), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania,* (Nomos Verlagsgesellschaft, 2015) 46–123., https://doi.org/10.5771/9783845261386-46 ; R. Uitz, The Illusion of a Constitution in Europe: the Hungarian Constitutional Court after the Fifth Amendment of the Fundamental Law, in J. Bell and M–L. Paris (eds), *Rights-Based Constitutional Review,* (Edward Elgar, 2016) 396.

[16] L. Sólyom, The Rise and Decline of Constitutional Culture of Hungary, in A. von Bogdandy et P. Sonnevend (eds), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area,* (Nomos Verlagsgesellschaft, 2015) 14–45., https://doi.org/10.5771/9783845261386-14

III. L'interprétation de la tradition constitutionnelle et la constitution historique par la Cour Constitutionnelle après 2012

Dans le texte de la Loi fondamentale, les traditions constitutionnelles, à savoir la constitution historique, ont été mentionnées comme un des fondements de l'État hongrois, en plus de la transition démocratique de 1989. Certains chercheurs font remonter les racines de la constitution historique à la fondation de l'État en l'an 1000, voir même plus tôt encore, avant la conquête de la fin du 9ème siècle (ce qui était une opinion dominante parmi les historiens du droit hongrois avant la Seconde Guerre mondiale).[17]

Cette disposition de la loi fondamentale a d'abord été considérée par les experts comme un élément idéologique de la constitution ayant peu ou pas de valeur juridique normative, mais après un certain temps, la Cour constitutionnelle a essayé de définir la signification des dispositions suivantes de la loi fondamentale. Ainsi dans le Serment national : « Nous honorons les réalisations de notre constitution historique et nous honorons la Sainte Couronne, qui incarne la continuité constitutionnelle de l'État hongrois et l'unité de la nation. Nous ne reconnaissons pas la suspension de notre constitution historique en raison d'occupations étrangères. Article R) (3) V Les dispositions de la Loi fondamentale sont interprétées conformément à leurs objectifs, au vœu national qu'elles contiennent et aux réalisations de notre constitution historique ».

Donner un contenu normatif à ces phrases de la Loi fondamentale constituait un exercice constitutionnel douteux, car pour les constitutionnalistes réunis après 1990, il était complètement inopportun de fusionner le concept – à la base médiéval – de la constitution historique avec une des constitution écrite les plus récentes en Europe, et dont l'adoption est basée sur la Constitution démocratique de la transition de 1989. Dans la mesure où elles sont interprétées simplement comme une prescription d'utiliser l'interprétation historique comme l'une des possibles méthodes d'interprétation (qui est de toute façon utilisée par la Cour constitutionnelle hongroise), ces dispositions ne constituent pas un grand défi pour la décision constitutionnelle.[18] En revanche, si on veut y voir une signification plus large, il pourrait s'agir d'un nouveau concept de constitutionnalisme hybride, dont les contours ne sont pas encore clairs.[19] La référence,

[17] Zs. Zétényi (ed.), *A történeti alkotmány – Magyarország ősi alkotmánya,* (Magyarországért Kulturális Egyesület, 2010) 1–1164.

[18] Ádám Rixer identifie quatre approches dans l'interprétation de la Loi fondamentale. L'une est le rejet, l'autre est l'apprentissage, l'autre est l'application et la dernière est la position de centrage. Á. Rixer, *A vívmány-teszt,* (Ludovika Egyetemi Kiadó, 2018) 107–117.

[19] Schweitzer Gábor explique l'absurdité de cette hybridité tandis qu'András Zs. Varga y voit une solution juridique progressiste permettant de relier le passé, le présent et l'avenir pour renforcer le constitutionnalisme.

à l'article R), aux réalisations de la constitution historique pourrait également être interprétée comme un test.[20] Comme je l'ai précédemment spécifié, il appartient aux institutions étatiques contemporaines de se prononcer pour l'une ou l'autre interprétation. Ce dilemme semble encore suspendu en 2022.

Le site internet de la Cour constitutionnelle recense 79 décisions entre 2012 et mi-2020 qui mentionnent les acquis de la constitution historique, soit dans le cadre de l'art. R) ou seules. Les 76 mentions sont liées au bien-fondé des décisions prises. Il y a 92 mentions au total dans les opinions majoritaires, concordantes et dissidentes, et certaines d'entre elles mentionnent le Serment national. Bien qu'elles fassent référence à l'article R) ou à la constitution historique, certaines ne contiennent pas d'argumentation à ce sujet. Seules 30 affaires ont utilisé les réalisations de la constitution historique dans le cadre de l'argumentation. Selon Gera, 22 principes ont été considérés comme des réalisations de la constitution historique, ainsi que sept règles concrètes.[21]

La loi fameuse de 1946. évi I. de la Constitution, qui est un élément essentiel de notre histoire juridique bien qu'elle ne soit jamais entrée en vigueur ;[22] faisait déjà mention spécifique de règles concrètes dont les dispositions de la loi 1911. évi I. tc. Selon les historiens du droit, cette règle du Trésor public n'était pas déterminante en tant qu'élément de la constitution historique en 1911. D'autres exemples de principes juridiques pourraient être largement le principe d'égalité,[23] plus singulièrement le principe de préservation des forêts,[24] ou encore les allocations de maternité.[25]

Dans certains cas, la Cour constitutionnelle a fait référence à la constitution historique sans expliquer la place de cette référence dans l'argumentation.[26] Dans d'autres cas, nous observons une description historique connexe sans aucune identification des réalisations de la constitution historique.[27] Gera prouve qu'il n'y a eu que cinq cas dans lesquels la Cour constitutionnelle a effectué une analyse historique approfondie avant de reconnaître l'acquis.[28]

Dans la plupart des cas, les réalisations identifiées de la constitution historique, telles que la liberté de la presse, sont entièrement conformes au contenu de la loi fondamentale.[29] Cette approche générale est présente dans environ trois cas par an et dans lesquels on retrouve des élément de la constitution historique. Dans quelques

[20] Rixer, *A vívmány-teszt,* 1–155.
[21] A. Gera, *Történeti alkotmányunk vívmányai az Alaptörvény speciális alkotmányos rendszerében, MTA Law Working Paper,* (2021) (6).
[22] Décision du CC 16/2016 (X. 20.).
[23] Décision du CC 85 22/2016 (XII. 5.).
[24] Décision du CC 14/2020 (VII. 6.).
[25] Décision du CC 3023/2016 (XI. 18.).
[26] Décision du CC 45/2012 (XII. 29.) ; décision CC 5/2013 (II. 21.).
[27] Décision du CC 4/2013 (II. 21.) ; décision CC 6/2013 (III. 1.).
[28] Gera, Történeti alkotmányunk vívmányai az Alaptörvény speciális alkotmányos rendszerében, 8.
[29] Par exemple, décision CC 28/2014 (IX. 29.).

cas, la portée de ces éléments a été débattue. Dans la décision 34/2017 (XII. 11.) CC la législation sur la presse de 1848 a été identifiée et réitérée par l'opinion majoritaire. Dans son opinion dissidente, une juge a affirmé que si elle avait respecté le réel contenu de cette loi de 1848, la Cour constitutionnelle aurait dû conclure différemment son avis.

La Cour constitutionnelle a convenu qu'une décision ne pouvait pas se fonder uniquement sur les acquis de la constitution historique sans trouver de bases juridiques dans la Loi fondamentale. Cependant, le poids réel de la référence dépend du cas en présence. La référence à la constitution historique constitue toujours un argument supplémentaire.[30] Dans ce cas, cependant, la question se pose de son rôle et de sa légitimité, et de la nécessité d'y faire référence. L'opinion dissidente d'un autre juge au point 22/2019 (VII. 26.) CC met l'accent sur cette question en disant qu'il est difficile de reconnaître la pertinence de cette disposition en droit constitutionnel interne. Cette décision considère que notre statut d'État souverain est un acquis de la constitution historique. L'opinion dissidente affirme que les acquis de la constitution historique n'ont de sens qu'en ce qui concerne l'UE et l'ordre juridique international et la place indépendante de la Hongrie et du constitutionnalisme hongrois. Par conséquent, elle doit être appliquée contre les normes juridiques externes.

Déjà en 2012, juste après l'entrée en vigueur de la loi fondamentale, la Cour constitutionnelle a expliqué l'importance des arguments historiques, affirmant que sans cette connaissance « notre droit public actuel et notre culture juridique en général seraient sans racines ».[31] Au cours des premières années d'application de la loi fondamentale, la Cour constitutionnelle a parfois utilisé des déclarations purement formelles, soulignant que l'organe « tenait compte » du fait que certains droits ont des racines historiques ancrées dans la constitution historique ; la liberté de la presse, par exemple, était un acquis de la constitution historique établie par la loi XVIII de 1848.[32] Les arguments redondants sont souvent apparus dans cette période, lorsque l'ancienne valeur d'un principe acquis est la même que le contenu de la loi fondamentale ; dans ce cas, la liberté de la presse est pleinement présente dans la loi fondamentale de 2011 et spécifiée par les lois sur les médias adoptées en 2010.[33]

D'autre part, dans un exemple plus spécifique encore, les acquis de la constitution historique sont également contradictoires dans la mesure où, par exemple, l'acte de 1848 était un énorme pas en avant au 19ème siècle vers la liberté de la presse, mais serait un énorme retour en arrière aujourd'hui dans sa protection. Szente souligne qu'il s'agit d'un bon exemple qui pointe vers un problème général de la nature des mythes de l'évolution constitutionnelle. Les textes législatifs du passé, même ceux qui ont une

[30] Décision du CC 25/2018 (XIII. 28.) ; décision CC 22/2019 (VII. 5.) ; Gera, *Történeti alkotmányunk vívmányai az Alaptörvény speciális alkotmányos rendszerében* ; décision CC 3001/2019 (I. 7.).
[31] Décision du CC 33/2012 (VII. 17.).
[32] Décision du CC 28/2014 (IX. 29.) et 3002/2018 (I. 10.).
[33] Voir les lois CIV et CLXXXV de 2010.

valeur constitutionnelle positive en ce qui concerne l'extension des droits, ne peuvent être appliqués littéralement ; ils nécessitent une interprétation contemporaine plus poussée, qui est un projet interdisciplinaire impliquant l'histoire et le droit, sinon l'interprétation juridique est arbitraire. Un autre exemple celui selon lequel la Cour constitutionnelle a fait référence à plusieurs reprises, aux garanties de l'indépendance judiciaire comme un acquis de la constitution historique, comme si la source juridique de ces garanties en droit hongrois était la loi IV sur l'exercice du pouvoir judiciaire de 1869, plutôt que la constitution actuelle et la loi cardinale CLXII de 2011 sur le statut juridique et la rémunération des juges. Bien que l'indépendance judiciaire soit sans aucun doute une valeur stable de l'évolution libérale classique, son contenu était à l'époque bien différent des standards actuels.[34]

Ces références aux sources juridiques du passé comme sources du droit contemporain sont également problématiques pour des raisons contentieuses. Les anciennes dispositions servent plutôt de principes que de règles, mais cette distinction reste ambiguë dans le texte. Dans le cas d'une différence litigieuse, c'est-à-dire d'une contradiction entre le sens de l'ancien et du nouveau texte, il serait également possible, sur le plan doctrinal, de réduire le niveau de protection en se référant à la réalisation de la constitution historique, ce qui n'est certainement pas un objectif dans un ordre juridique européen.

Le caractère interdisciplinaire du projet entraîne des difficultés dans la pratique de la Cour constitutionnelle. La décision 16/2016 (X. 20.) CC, par exemple, fait référence au préambule de la loi I de 1946 (Petite Constitution) comme un accomplissement de la constitution historique, malgré le fait que cette loi a délibérément interrompu la continuité avec l'ancienne constitution historique dans tous ses éléments essentiels, tels que la forme du gouvernement, la question de la souveraineté ou la structure du pouvoir législatif.[35] Poussant plus loin cette ligne d'interprétation, László Sólyom, premier président de la Cour constitutionnelle de 1990 à 1999, puis président de la République, a déclaré qu'il interpréterait les dispositions susmentionnées de la loi fondamentale comme impliquant que les développements constitutionnels de 1989 à 2010, la législation, la jurisprudence constitutionnelle, etc. font également partie de la constitution historique.[36] Ces interprétations rompent avec le concept de constitution historique tel qu'il est compris dans l'histoire du droit hongrois et tentent de l'interpréter librement pour préserver les acquis de l'Acte 1 de 1946, la première

[34] Z. Szente, A 2011. évi Alaptörvény és a történeti alkotmány összekapcsolásának mítosza, (2019) 12 (1) *Közjogi Szemle,* 1–8.

[35] Voir les exemples ci-dessus et d'autres encore, dans Z. Szente, A historizáló alkotmányozás problémái – a történeti alkotmány és a Szent Korona az új Alaptörvényben, (2011) (3) *Közjogi Szemle,* 1–13.

[36] Référence à un entretien avec László Sólyom dans Zs. Szakály, A történeti alkotmány és az alkotmányos identitás az Alaptörvény tükrében, (2015) (2) *Pro Publico Bono – Magyar Közigazgatás,* 24–38., http://real.mtak.hu/92610/1/2015_2.24-38.pdf (consulté le : 30.12.2022).

constitution écrite qui n'est finalement pas entrée en vigueur après la Seconde Guerre mondiale, et le constitutionnalisme démocratique libéral de 1989.

Il existe un certain nombre d'exemples dans lesquels le Cour Constitutionnelle trouve une règle connexe dans une loi antérieure et l'utilise comme une réalisation de la constitution historique, bien que toutes les dispositions légales adoptées avant 1944 n'aient pas été incluses dans le cadre conceptuel de la constitution historique, mais seulement les lois « fondamentales » ou « cardinales » qui concernaient l'exercice de la puissance publique ou les droits et libertés individuels.[37]

Selon Szente, historien du droit et constitutionnaliste, il s'agit sans aucun doute de points importants de l'histoire du droit. Les livres d'histoire du droit analysent en profondeur ces éléments du développement du droit à ces périodes, mais Szente attire notre attention sur le fait trivial que nous avons écrit des règles dans l'ordre juridique positif actuellement en vigueur en Hongrie pour les mêmes questions constitutionnelles.[38] Par conséquent, la référence à ces anciens textes dans ces cas est redondante, et donc inutile dans un sens juridique.

Péter Paczolay, qui était à la tête de la Cour constitutionnelle lorsque la nouvelle loi fondamentale est née, a écrit sur l'impossibilité du concept de la constitution historique contemporaine, une constitution écrite qui prend en compte la constitution historique comme source de droit.[39]

L'approche de la tradition constitutionnelle vivante consiste plutôt à trouver le droit dans les sources juridiques positives contemporaines, c'est-à-dire dans la législation et la jurisprudence nationales, internationales et européennes, et à appliquer l'interprétation historique comme méthode d'interprétation afin de mieux comprendre le texte législatif. Dans de nombreux cas, la Cour constitutionnelle utilise une interprétation historique en substance, bien que se référant à l'art. R) de la loi fondamentale et aux réalisations de la constitution historique.[40] Survient un problème méthodologique, puisque la méthode classique, ou l'interprétation historique, est transformée dans de nombreux cas dans la jurisprudence, afin de se conformer à la loi fondamentale, en une sorte de test pour trouver les réalisations pertinentes de la constitution historique. La procédure est la même dans l'interprétation constitutionnelle, mais elle est désignée différemment – au lieu de l'interprétation historique, comme le dit Jellinek, il y a ce qu'on appelle un « test de réalisation ». L'objectif des deux activités d'interprétation est de trouver les normes juridiques ou les principes pertinents dans le passé et de les examiner chaque fois qu'ils peuvent aider le juge à définir le contenu actuel de la disposition constitutionnelle en cas

[37] Voir cet avis et d'autres exemples en hongrois, Szente, *A 2011. évi Alaptörvény és a történeti alkotmány összekapcsolásának mítosza,* 1–8.
[38] Szente, *A 2011. évi Alaptörvény és a történeti alkotmány összekapcsolásának mítosza,* 1–8.
[39] P. Paczolay, A történeti alkotmány és a konzervatív jogi gondolkodás, in L. Tőkéczki (ed.), *Magyar Konzervatizmus. Hagyomány és Jelenkor,* (Batthyány Lajos Alapítvány, 1994) 29–36.
[40] Gera, *Történeti alkotmányunk vívmányai az Alaptörvény speciális alkotmányos rendszerében,* 6.

de doute ou d'incertitude. Dans l'interprétation juridique, étant donné que le droit est un sous-système social, le passé, le présent et l'avenir sont fusionnés, et il est naturel de se tourner vers le passé pour obtenir des conseils pour l'avenir. Mais le pouvoir normatif de ce passé sur le présent est en question. Dans un cas où le passé acquiert un pouvoir normatif dans le constitutionnalisme actuel, mais où l'on ne sait pas exactement ce qu'est le passé, où il dépend des institutions de l'État dans une situation où les institutions de l'État sont capturées par la majorité politique des deux tiers représentant une partie ou la majorité du peuple, cela conduit à une compréhension contrôlée du passé et à une compréhension contrôlée des règles et valeurs du passé. Ce qui, à son tour, conduit à la règle des personnes en position de pouvoir, plutôt qu'à la règle de droit – c'est-à-dire au contrôle par le pouvoir politique. Il en résulte un problème d'incertitude, d'absence d'état de droit et d'arbitraire.

En ce qui concerne le problème de la divergence, nous devons reconnaître que de nombreuses traditions constitutionnelles que nous avions à l'époque de la constitution historique sont très éloignées de la conception actuelle du constitutionnalisme. Szente souligne dans sa critique que de nombreuses institutions importantes de la loi fondamentale – telles que la forme républicaine du gouvernement, la fonction de président de la République, la neutralité de l'État, l'institution de la Cour constitutionnelle ou le transfert de souveraineté dans le cadre de l'adhésion à l'Union européenne – sont totalement incompatibles avec l'ordre des valeurs et le système des pouvoirs publics et des droits fondamentaux de la constitution historique. Ceci est particulièrement vrai pour un élément central de la constitution historique, la Sainte Couronne.[41]

À l'exception d'un très petit nombre de principes et d'institutions, le contenu de la constitution historique a constamment changé au fil du temps ;[42] par exemple, la Bulle d'or et la *Pragmatica Sanctio* n'ont jamais été toutes deux en vigueur en Hongrie au même moment, tandis que les lois révolutionnaires de 1848 ont radicalement changé le contenu substantiel de l'ancien droit féodal. Selon Szente, se référant à Schweitzer et Vörös, la plupart des composantes de la constitution historique n'ont jamais coexisté dans le pays.[43]

Il n'est pas nécessaire de dire combien il est difficile de déterminer la signification précise des lois des époques passées et leur pertinence actuelle.[44] Dans notre cas, si la pertinence ne peut être justifiée par la nécessité réelle de la référence d'un point de

[41] Z. Szente, The doctrine of the Holy Crown in the Hungarian historical constitution (2013) 4 (1) *Journal on European History of Law,* 109–115.
[42] G. Schweitzer, *A magyar királyi köztársaságtól a magyar köztársaságig,* (Publikon Kiadó, 2017) 153.
[43] Szente, *A 2011. évi Alaptörvény és a történeti alkotmány összekapcsolásának mítosza,* 1–8.
[44] G. Schweitzer, Közjogi provizórium, jogfolytonosság, új közjogi irány – Az 1919/1920–1944 közötti magyarországi alkotmányjog-tudomány vázlata, II. rész, (2014) 7 (2) *Közjogi Szemle,* 9–20.

vue juridique,[45] une autre explication est nécessaire. Cette explication est justifiée par le fait que la loi fondamentale devrait avoir sa propre force de conviction pour créer l'état constitutionnel lui-même, qui est soutenu par le peuple. Une raison possible de cette référence normative à la constitution historique est que les deux tiers de l'autorité chargée d'élaborer et de modifier la constitution ont voulu graver leur légitimité dans le passé, la graver dans la pierre. Les décideurs populistes ont voulu créer une nation qui soutient sa politique constitutionnelle par cette référence au passé historique commun et précieux, à la continuité, aux réalisations de la constitution historique, comme base de l'État fort. L'application des valeurs communes du peuple, ou de la nation, créées par la Constitution à la majorité des deux tiers, et donc le renforcement de la communauté du peuple qui élit ses dirigeants populistes, peuvent être qualifiés d'élément du constitutionnalisme national populiste en Hongrie.

L'interprétation normative du peuple en tant que nation commune et unie a été mise en œuvre sous la forme de l'identité constitutionnelle.

La décision 22/2016 (XII. 5.) de la Cour Constitutionnelle, selon laquelle l'identité constitutionnelle de la Hongrie est fondée sur la constitution historique, indique que la Cour elle-même élaborera le contenu précis de l'identité constitutionnelle « conformément à la constitution historique, de cas en cas ». Ce faisant, la Cour souhaite examiner si l'exercice conjoint de compétences avec les institutions de l'UE ne viole pas l'identité constitutionnelle de la Hongrie telle qu'elle est fondée sur la constitution historique.[46]

IV. L'identité constitutionnelle et le rôle de la Cour Constitutionnelle

La notion juridique d'identité constitutionnelle est née en Hongrie dans le contexte politique de la crise migratoire, lorsque le gouvernement hongrois a souhaité exprimer sa position particulière vis-à-vis de l'UE et de la nation.[47] Les éléments de l'identité nationale proposés sont constitutionnalisés sous la forme de l'identité constitutionnelle, car – comme je l'ai décrit plus haut dans la définition du populisme constitutionnel – en

[45] T. Drinóczi, N. Chronowski et M. Kocsis, What questions of interpretation may be raised by the new Hungarian constitution? (2012) 6 (1) *Vienna Journal on International Constitutional Law,* 41–64., https://doi.org/10.1515/icl-2012-0103

[46] Szente et Gárdos-Orosz, *Judicial deference or political loyalty?,* 89–110.

[47] T. Drinóczi, A 22/2016. (XII. 5.) AB határozat: mit (nem) tartalmaz, és mi következik belőle. Az identitásvizsgálat és az ultra vires közös hatáskörgyakorlás összehasonlító elemzésben, (2017) (1) *MTA Law Working Papers,* https://jog.tk.hu/mtalwp/a-222016-xii-5-ab-hatarozat-mit-nem-tartalmaz-es-mi-kovetkezik-belole-az-identitasvizsgalat-es-az-ultra-vires-kozos-hataskorgyakorlas-osszehasonlito-elemzesben (consulté le : 30.12.2022).

Hongrie, en raison du paysage politique, la nouvelle approche des partis populistes, et notamment du Fidesz, peut très rapidement faire partie du système constitutionnel.[48]

La Cour constitutionnelle hongroise s'est référée à la section sur l'identité du traité de l'Union européenne, ainsi qu'à de nombreuses autres décisions de cours constitutionnelles européennes qui ont formé le concept d'identité nationale et constitutionnelle. L'identité nationale ou constitutionnelle hongroise a été exploitée comme moyen de défense contre le droit européen. Outre cette tentative normative de faire référence aux particularités constitutionnelles nationales contre le droit européen, l'identité constitutionnelle et la constitution elle-même jouent certainement un rôle dans l'établissement du peuple comme source de légitimité.[49]

Des tentatives ont été faites pour diffuser les nouvelles valeurs, en partie présentées comme des traditions nationales dans la société : tous les diplômés de l'enseignement secondaire, par exemple, reçoivent un bel exemplaire de la Loi fondamentale. L'idée politique est bien formulée dans l'opinion concordante du juge András Zs. Varga dans la décision 22/2016 (XII. 5.) de la Cour constitutionnelle : « L'auto-identité constitutionnelle n'est pas une valeur juridique universelle, c'est une caractéristique des États spécifiques et de leurs communautés, de la nation, qui ne s'applique pas (de la même manière) aux autres nations ». Dans le cas de la Hongrie, l'identité nationale est en particulier inséparable de l'identité constitutionnelle. La gouvernance constitutionnelle du pays a été l'une des valeurs fondamentales auxquelles la nation a toujours adhéré, et cette valeur a été vivante même aux époques où la totalité ou la majorité du pays était occupée par des puissances étrangères.

Dans le serment national, nous lisons ce qui suit : « Nous considérons que la protection de notre identité enracinée dans notre constitution historique est une obligation fondamentale de l'État. Nous ne reconnaissons pas la suspension de notre constitution historique en raison d'occupations étrangères. » L'article R, paragraphe 4, stipule que « la protection de l'identité constitutionnelle et de la culture chrétienne de la Hongrie est une obligation pour tous les organes de l'État ».

L'identité constitutionnelle de la Hongrie est définie comme faisant des réserves principalement en opposition au droit de l'UE, c'est pourquoi il est important de lier fortement cela à la constitution historique dans l'argumentation au lieu de la fonder sur des valeurs constitutionnelles européennes communes. La décision 22/2016 (XII. 5.) de la Cour constitutionnelle a été adoptée après l'échec d'un amendement à la loi fondamentale visant à émettre des réserves en référence à l'identité hongroise au droit de

[48] Á. Rixer, *A magyar jogrendszer jellegzetességei 2010 után,* (Patrocinium Kft., 2012) 1–174.
[49] T. Sulyok et G. Deli, A magyar nemzeti identitás az Alkotmánybíróság gyakorlatában, (2019) 10 (1) *Alkotmánybírósági Szemle,* 57–59.

l'UE dans le cadre de la crise migratoire, en l'absence d'une majorité gouvernementale des deux tiers au Parlement, et après un référendum invalide sur la même question.[50]

Enfin, dans la décision 22/2016 (XII. 5.), la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur l'interprétation de la loi fondamentale en faveur des objectifs du gouvernement. Une procédure d'interprétation avait été soulevée à la Cour par le médiateur. Comme développé dans la requête, la question constitutionnelle concrète était liée à la décision (UE) 2015/1601 du Conseil de l'Union européenne du 22 septembre 2015 sur la migration.[51]

Le CC a établi que l'UE assure une protection adéquate des droits fondamentaux. Toutefois, la Cour constitutionnelle ne peut pas non plus mettre de côté la protection des droits fondamentaux, et doit garantir que l'exercice conjoint des compétences n'entraînerait pas la violation de la dignité humaine ou du contenu essentiel d'autres droits fondamentaux dont la protection fait partie de l'identité constitutionnelle.

La Cour a fixé deux limites principales dans le cadre de la question sur les actes juridiques de l'Union qui s'étendent au-delà des compétences exercées conjointement. Premièrement, l'exercice conjoint d'une compétence ne doit pas violer la souveraineté de la Hongrie ; deuxièmement, il ne doit pas conduire à la violation de son identité constitutionnelle. Le CC a souligné que la protection de l'identité constitutionnelle devrait prendre la forme d'un dialogue constitutionnel fondé sur les principes d'égalité et de collégialité des partenaires du dialogue, mis en œuvre dans le respect mutuel de chacun. La Cour constitutionnelle a établi sa compétence pour examiner si l'exercice conjoint des pouvoirs par le biais des institutions de l'UE violerait la dignité humaine, un autre droit fondamental, la souveraineté de la Hongrie ou son identité basée sur la constitution historique du pays.[52]

L'intérêt de l'affaire réside dans le fait que c'est la première fois que le CC se prononce explicitement sur la relation entre le droit communautaire et la constitution nationale, en affirmant que la loi fondamentale a la suprématie ultime sur les questions constitutionnelles fondamentales. En outre, l'identité constitutionnelle, le noyau inviolable de la constitution, n'a jamais été définie comme telle auparavant. La constitution historique du pays en tant qu'élément de l'identité non amendable pose également de nouvelles questions dans l'ordre constitutionnel hongrois. Si la loi fondamentale est modifiable dans la mesure où elle n'interfère pas avec la constitution historique en tant que base, la constitution historique jusqu'à présent non définie dans

[50] G. Halmai, Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law, (2018) (43) *Review of Central and East European Law,* 23–42., https://doi.org/10.1163/15730352-04301002

[51] E. Orbán, Quo vadis, « alkotmányos identitás »?, (2018) (3) *Közjogi Szemle,* 1–13.

[52] Voir également notre analyse E. Bodnár, F. Gárdos-Orosz et Z. Pozsár-Szentmiklósy, Developments in Hungarian Constitutional Law, in R. Albert, D. Landau, P. Faraguna et S. Drugda (eds), *2016 Global Review of Constitutional Law,* (ICONnect-Clough Center, Boston, 2017) 77–81.

le droit constitutionnel positif pourrait, en effet, avoir une nouvelle position plus forte, au moins en tant qu'outil d'interprétation constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle a établi dans la section III.7.2. de son raisonnement que

> l'identité constitutionnelle de la Hongrie est une valeur fondamentale qui n'est pas créée par la Loi fondamentale – elle est simplement reconnue par la Loi fondamentale. Par conséquent, il ne peut être renoncé à l'identité constitutionnelle par le biais d'un traité international – la Hongrie ne peut être privée de son identité constitutionnelle que par l'extinction définitive de sa souveraineté et de son statut d'État indépendant. Par conséquent, la protection de l'identité constitutionnelle reste le devoir de la Cour constitutionnelle tant que la Hongrie est un État souverain.[53]

Les traditions constitutionnelles, quelles qu'elles soient, selon les faits juridiques mentionnés ci-dessus, font partie de l'ordre constitutionnel hongrois. Certains spécialistes pourraient facilement dresser la liste des traditions constitutionnelles de la Hongrie et les faire remonter loin dans l'histoire.[54] Certains spécialistes hongrois en 2020 soutiendraient que l'ordre constitutionnel actuel est « dépendant du passé », c'est-à-dire que les éléments de la constitution historique sont des faits juridiques et des sources de droit et qu'ils ne peuvent donc pas être modifiés par un nouveau pouvoir politique constituant. Les traditions constitutionnelles, en tant que réalisations de la constitution historique, constituent la base de l'identité constitutionnelle hongroise, inviolable par toute puissance nationale ou étrangère.[55] Ma conviction est cependant emportée, par ceux qui exposent – comme je l'ai soutenu – que les traditions constitutionnelles, en particulier sous la forme des réalisations de la constitution historique, peuvent difficilement être comprises comme un élément normatif supplémentaire à la constitution écrite, à la loi fondamentale. Comprendre les acquis de la constitution historique comme une nouvelle source de droit jouant un rôle doctrinal dans l'interprétation de la loi fondamentale en tant que test est un concept trouble, car il crée une constitution hybride, dont les éléments normatifs ne sont pas clairs et ne pourraient donc pas être consciemment consentis par le pouvoir de faire et de modifier la constitution. D'autre part, ces formules pourraient être entendues comme des ornements du texte constitutionnel (l'argument de la redondance au sens juridique) et de la *ratio decidendi* dans les décisions des cours constitutionnelles ou, alternativement, on pourrait soutenir que la référence aux éléments de la constitution

[53] Décision 22/2016 (XII. 5.) Raisonnement [67].
[54] Zétényi, *A történeti alkotmány – Magyarország ősi alkotmánya,* 1–1164.
[55] A történeti alkotmányunk is jogforrás! – Horváth Attila a Mandinernek, *mandiner.hu,* 15.12.2016., https://jog.mandiner.hu/cikk/20161214_a_torteneti_alkotmanyunk_is_jogforras_horvath_attila_a_mandinernek (consulté le : 30.12.2022).

historique n'ajoute pas plus à la méthode historique classique d'interprétation. Il est difficile de leurs reconnaître d'autres fonctions juridiques que celles-ci.

En outre, la tradition et l'identité supposent une sorte de stabilité et de continuité dans l'ordre constitutionnel. Le problème est que cette continuité est créée comme une tentative artificielle par le pouvoir constituant afin de renforcer sa légitimité en se référant à une nation unie, une nation culturelle au lieu d'une polarité plurielle et diverse. Un outil, une « solution rapide » pourrait être le constitutionnalisme populiste, qui consiste à adopter les nouvelles idées sous la forme de la constitution et du droit constitutionnel. C'est un procédé simple en Hongrie, car le gouvernement dispose d'une majorité constitutionnelle des deux tiers au Parlement ; de plus, la Hongrie a une constitution très souple et facilement amendable. Le constitutionnalisme du populiste devient le constitutionnalisme du populiste sans ménagement et avec célérité, par amendement simple de la constitution ; la législation mute alors en une solution rapide d'un l'agenda politique identifier comme illibéral, mais qui correspond à de nombreuses descriptions savantes du régime national populiste. On peut valablement se préoccupés de l'établissement des réalisations de la constitution historique érigées en source de droit en Hongrie, plus encore l'identité constitutionnelle, les attributs imaginaires et sciemment façonnés de la nation unie, et le mythe du peuple commun et des traditions communes nous apparaissent être des promesses politiques faites par un pouvoir public monolithique isolé de la société, et qui ont été incorporées dans le système constitutionnel sans fonction juridique effective.

V. Conclusion

Ma tâche a consisté à analyser la place de la Cour Constitutionnelle dans le système constitutionnel d'un État populiste, en suivant une méthodologie juridique, celle qui touche la vaste question du constitutionnalisme populiste, c'est-à-dire le processus de création d'identité, l'idéologie politique et la communication. Avec une approche interdisciplinaire, nous pourrions certainement créer une description plus précise encore de l'ensemble et des stratégies rhétoriques, car il ne s'agit pas seulement des textes juridiques, mais de leurs mécanismes de création et du « bruit de communication » qui entoure cette création. Dans cet article, mon objectif a été de prouver qu'en introduisant une telle terminologie dans la Loi Fondamentale et le système juridique sans fonction juridique d'origine, l'examen du droit s'estompe et le système est transformé en un véhicule pour en quelque sorte en dénaturer son identité et son interprétation conforme. Ce constat est plus que problématique car les textes juridiques et les textes constitutionnels doivent maintenir une signification et une fonction juridique reconnaissable et continue dans une démocratie qui s'inscrit dans l'Etat de droit. La

Cour Constitutionnelle n'a pas su parvenir a identifier un véritable contenu de cette notion et son sens juridique alors même qu'elle s'y est acharnée.

Robert Cover, théoricien américain du droit, affirme que les textes juridiques sont entourés d'un riche univers narratif *(Nomos),* leur conférant différentes histoires, identités et signification.[56] Comme l'écrit Michel Rosenfeld dans l'un de ses livres, la création de l'identité constitutionnelle est basée sur une sorte de sélection parmi ces échantillons variés d'identités.[57] Cette sélection apparaît clairement dans la loi fondamentale de la Hongrie. La question est toutefois de savoir si le *Nomos* est le résultat d'un développement constitutionnel organique avec la participation de toutes les institutions de l'État et de la société, ou s'il s'agit d'une idée politique soudaine imposée à la société par le biais des institutions de l'État et de la loi. La création du récit – le processus identitaire – est par nature autonome, si elle doit être durable et reproductible à long terme. Cet article prouve que dans le cas du constitutionnalisme Hongrois, la compréhension des traditions constitutionnelles dans la création de l'identité constitutionnelle et dans l'interprétation des autres éléments du droit n'est pas le résultat d'un développement constitutionnel autonome.

Étant donné que l'idée de la constitution historique pose de nombreux problèmes « d'un point de vue juridique », il n'existe aucune raison *juridique* valable pour l'introduire dans la loi fondamentale. Par conséquent, il doit y avoir une raison « externe », c'est-à-dire non juridique, liée au populisme constitutionnel : la référence à la tradition constitutionnelle et à la constitution historique est une « solution rapide », voir bâclée afin d'accroître la légitimité de la nouvelle constitution et de déclarer un héritage constitutionnel commun de la nation unie.

Paul Blokker a parlé des « fausses promesses et des solutions rapides » comme d'une caractéristique importante des régimes populistes. L'agenda politique hongrois indique clairement que la force de la nation, le bien-être et la vie paisible dépendent de valeurs communes.[58] Ces valeurs communes sont créées par la constitution et par les lois. En Hongrie, le concept d'héritage constitutionnel commun de la nation fait non seulement partie de la rhétorique, mais aussi de l'ordre constitutionnel, car le parti populiste est en mesure de créer et de modifier la constitution et l'ordre juridique de son propre chef.

La Hongrie est un cas particulier, car cette référence apparaît également comme une règle obligatoire d'interprétation du texte constitutionnel et, selon certaines interprétations, elle conduit à la création d'une constitution hybride, une constitution

[56] R. M. Cover, The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative, (1982) 97 *Harvard Law Review,* 4–68., https://doi.org/10.2307/1340787

[57] M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship and Community,* (Routledge, 2009) 344., https://doi.org/10.4324/9780203868980

[58] A. Bartha, Zs. Boda et D. Szikra, When Populist Leaders Govern: Conceptualising Populism in Policy Making, (2020) 8 (3) *Politics and Governance,* 71–81., https://doi.org/10.17645/pag.v8i3.2922

écrite avec des éléments supplémentaires et incertains intégrés dans le concept des réalisations de la constitution historique. Ce cas est unique en Europe.

Cet article montre que la Cour constitutionnelle hongroise a joué un rôle important dans le développement de cette concentration particulière de constitutionnalité et d'interprétation constitutionnelle et, bien que la nature juridique de celle-ci soit très discutable, la Cour constitutionnelle a fait de gros efforts pour la comprendre et développer son interprétation. Cependant, d'un point de vue juridique, les résultats sont loin de convaincre.

Lipp, Volker, Ryšánková, Irena and Schlüter, Sophie*

The Right to Die and 'Euthanasia' – Comparative Remarks on the Current Debate**

Abstract

This article will show the clear trend within the current human rights jurisprudence towards a right to die with dignity, which, *inter alia,* covers assisted suicide. A growing number of countries already allow assisted suicide, although the conditions for it vary considerably. On the contrary, terminating life upon request has been legalised by just a few countries, and only once a court has placed this within the scope of a human right to die. It is therefore necessary to avoid the broad and notoriously vague term of 'euthanasia' and to distinguish between assisted suicide, terminating life upon request, and letting somebody die.

Keywords: right to die, euthanasia, assisted suicide, terminating life upon request, letting die

I. Introduction

The etymology of euthanasia is 'good death'.[1] Human beings have always wished to have not only a good life but also a good death. Whether suicide is a way to such a good death has been debated since the ancient world. In modern times, this has also become a medical issue. Due to numerous factors, including rising living-standards, lifestyle improvements and, most importantly, advances in healthcare and medicine, people now live longer than ever before. However, a side-effect of increasing life expectancy and medical progress is that, in some cases, not only the individual situation of a person may give rise to a desire to die but also her or his state of health, which may be seen as unbearable.

* Prof. Dr. Dr. h.c. Lipp, Volker is a professor at the Faculty of Law of the Georg-August University of Göttingen, where Mgr. Bc. Ryšánková, Irena LL.M. is a researcher and doctoral student, and Schlüter, Sophie is a student assistant.

** This paper is based on the presentation by Volker Lipp at the Symposium 'Wandel des Rechtsstaats' at Eötvös Loránd University (ELTE) in Budapest on 25 and 26 May 2022, celebrating the 20th anniversary of cooperation between the law faculties of ELTE and Georg-August University of Göttingen.

[1] Originally coming from Greek, *eu~,* good, and *thánatos,* death.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.11.131

This article will first try to clarify some of the concepts frequently used in the debate (II), then we will analyse the impact of the European Convention of Human Rights and the case law of the European Court of Human Rights on these issues (III). This will be followed by a brief comparative overview of the current law related to euthanasia, or more specifically to terminating life and assisted suicide, in some European countries (IV), and in the US and Canada (V).

II. 'Euthanasia' and other concepts

Euthanasia is ambiguous as a concept. There is no universally accepted definition, as the topic can be approached from various perspectives, namely ethics, (international) human rights, and national laws. To avoid confusion, we will not use 'euthanasia' for the purposes of this article, but rather differentiate various forms of end-of-life decisions.

In this article, the term 'terminating life' will be used instead of '(active) euthanasia' to describe the intentional killing of another person to alleviate their suffering. Depending on the role of consent, 'upon request' or 'voluntarily' will denote cases where somebody kills a person who wants to be killed, 'non-voluntarily' where a person's life is terminated without consent including cases where it could not be obtained due to a person's medical condition (e.g. unconsciousness), and 'involuntarily' where a person's life has been ended against their will.

The term 'assisted suicide' refers to the intentional killing of oneself (suicide) with the assistance of another person. Unlike cases of terminating life upon request, those intending to end their life carry out the action themselves. A physician-assisted suicide, therefore, refers to a suicide with the assistance of a physician.

Both 'terminating life' and assisted suicide are to be distinguished from cases of 'letting die'. In those cases life-sustaining medical treatment of a patient is restricted, discontinued or withheld because it is medically inappropriate ('futile') or because the patient does not, or no longer accepts this treatment. Although these cases are sometimes called 'passive euthanasia' we also do not use this term, as those cases concern applying life-sustaining medical treatment, or withholding it, whereas the medical context is irrelevant in those cases of euthanasia described before. We will therefore touch upon 'letting die' only in the context of human rights, and with the aim to distinguish these cases from terminating life and assisted suicide as covered in this article.

III. Terminating life and assisted suicide from the perspective of human rights

The European Convention of Human Rights (hereafter 'the ECHR') expressly guarantees the right to life in its Article 2, at the top of the catalogue of human rights enshrining 'one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe'.[2] Accordingly, Member States are obliged to protect all human life and implement a general ban on killing.[3] In the context of terminating life and assisted suicide the question arises whether there is an opposite right, namely the right to die, which could be deduced from the ECHR, and if not, whether terminating life and/or assisted suicide violate the right to life and should therefore be banned. Both questions have been addressed by the European Court of Human Rights (thereafter 'ECtHR') in its jurisprudence with respect to assisted suicide and letting die. So far, there have been no cases involving terminating life upon request.

1. Assisted suicide

The ECtHR clarified the question of whether the right to die can be derived from the right to life (Article 2 ECHR) in *Pretty v. United Kingdom*.[4] The applicant was dying of an incurable degenerative disease and wished that her husband would help her to commit suicide as she was unable to do so herself. Since assisting suicide was a criminal offence in English law, she requested that her husband be guaranteed immunity from prosecution if he helped her, which was refused. The ECtHR held that the right to life of Article 2 ECHR cannot, without distortion of language, be interpreted as also conferring the diametrically opposite right – namely, the right to die.[5] However, it did not exclude that issues concerning the end of life could be protected by other provisions of the ECHR, and concluded that the right to decide the manner of one's own death constitutes an element of private life which is protected by Article 8 ECHR.[6]

In the second case on the (up to now) rather short list regarding assisted suicide, the ECtHR elaborated on the right to decide upon one's own death as an aspect of 'private life' protected by Article 8 ECHR. In the *Haas v. Switzerland* case,[7] the applicant had

[2] *McCann et al v. United Kingdom* [GC], no. 18984/91, § 147, ECtHR 1995.
[3] C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights: Commentary,* (1st ed, C.H. Beck, Helbing Lichtenhahn Verlag and Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, München, Wien and Basel, 2014) Art. 2, no. 16.
[4] *Pretty v. United Kingdom,* no. 2346/02, ECtHR 2002.
[5] Ibid., para 39.
[6] Ibid., para 67; ECtHR, Guide on Article 8 of the Convention on Human Rights (31 August 2020), para 124, https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf (Last accessed: 30.12.2022).
[7] *Haas v. Switzerland,* no. 31322/07, ECtHR 2011.

been suffering from a serious bipolar affective disorder for years which, he claimed, hindered his ability to live in a dignified manner. Swiss law allowed to obtain a lethal drug for the purpose of committing suicide. However, the applicant did not meet the conditions for access to such a drug. The ECtHR stated that an 'individual's right to decide by what means and at what point his or her life will end, provided he or she is capable of freely reaching a decision on this question and acting in consequence, is one of the aspects of the right to respect for private life within the meaning of Article 8 ECHR'.[8] It then considered whether there was a 'positive obligation' under Article 8 ECHR for the State to ensure access to a substance enabling suicide.[9] The ECtHR was sympathetic towards such an obligation but ultimately did not decide this point. Even assuming that, on the one side, States have a positive obligation to take measures to facilitate suicide in dignity, the right to life obliges them on the other side to put in place a procedure capable of ensuring that a person's decision to end their life did in fact reflect the subject's free will and protect them from hasty decisions and abuse.[10] The ECtHR noted that a vast majority of Member States appear to give more weight to the protection of life than to the right of an individual to end it and only a few allowed physicians to assist in a suicide or to terminate life upon request under certain conditions.[11] Member States are therefore granted a wide margin of appreciation in such matters.[12] As the Swiss authorities had examined the application on the merits, the applicant's right to choose the time and manner of his death was not merely theoretical or illusory and, therefore, Article 8 ECHR had not been not violated.[13]

In the *Koch v. Germany* case,[14] the German Federal Institute for Drugs and Medical Devices (*Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte* – BfArM) had rejected a request by a husband and his wife for authorisation to obtain a lethal dose of a drug that would have enabled the wife to commit suicide in Germany. Thereupon, the applicant accompanied his wife to Switzerland, where she legally acquired such a drug and committed suicide. The German courts dismissed the husband's appeal against the Federal Institute's decision because he could neither claim that his own rights were violated, nor could he rely on the rights of his wife, who had died. The husband then turned to the ECtHR, claiming that the German courts' refusal to examine his complaint on the merits violated his own rights under Article 8 ECHR. The ECtHR decided that, in this particular case, the husband's own right under Article 8 was indeed directly affected, and that the Federal Institute, as well as the courts,

[8] Ibid., para 51.
[9] Ibid., para 53.
[10] Ibid., paras 56–61.
[11] Ibid., para 55.
[12] Ibid., para 58.
[13] Ibid., para 60, 61.
[14] *Koch v. Germany,* no. 497/09, ECtHR 2012.

should have examined the merits of his claim.[15] As this had not been the case, and there were no grounds to justify this under Article 8 § 2 ECHR, the ECtHR held that this procedural requirement of Article 8 had been violated.[16] It did not, however, rule on the wife's rights under Article 8.[17]

Another case from Switzerland, the *Gross* case, also concerned access to a drug with which to commit suicide.[18] The applicant in this case was not suffering from any terminal disease. She nevertheless wished to end her life by taking a lethal dose of sodium pentobarbital but did not manage to acquire the necessary prescription from a physician. Subsequently, she requested the lethal dose of medication from the Swiss Health Board, again unsuccessfully. All appeals had been dismissed. The main issue in this case was 'whether the State had failed to provide sufficient guidelines defining if and, in the case of the affirmative, under which circumstances medical practitioners were authorised to issue a medical prescription to a person in the applicant's condition'.[19] The Chamber of the ECtHR concluded that 'Swiss law, while providing the possibility of obtaining a lethal dose of sodium pentobarbital by medical prescription, [did] not provide sufficient guidelines ensuring clarity regarding the extent of this right'.[20] Accordingly, there had been a violation of Article 8 ECHR. If it had become final, this decision would have overruled the decision in the earlier case of *Haas v. Switzerland*. However, after Switzerland requested the case to be referred to the Grand Chamber, the applicant eventually committed suicide and deliberately took steps in advance to hide this from the ECtHR. The Grand Chamber therefore set aside the Chamber's decision and declared the application inadmissible, pursuant to Article 35(3) lit. a) ECHR.[21] Nevertheless, the case shows the trend in the ECtHR's jurisprudence regarding the issue of assisted suicide.

2. Terminating life upon request and letting die

So far, there have been no cases involving terminating life upon request. In cases of letting die, most complaints have been declared inadmissible. The case of *Gard and others v. United Kingdom,*[22] which concerned the withdrawal of life-sustaining treatment from an infant against the wishes of the child's parents is well known. Much

[15] Ibid., paras 43–54.
[16] Ibid., paras 65–72.
[17] Ibid., paras 73–84.
[18] *Gross v. Switzerland* (striking out), no. 67810/10, ECtHR 2013.
[19] Ibid., para 63.
[20] Ibid., para 67.
[21] *Gross v. Switzerland* [GC], no. 67810/10, ECtHR 2014.
[22] *Gard et al. v. United Kingdom,* no. 39793/17, ECtHR 2017.

attention was recently given to the *A.B. and Others v. United Kingdom* case,[23] where the ECtHR refused to indicate interim measures to prevent the withdrawal of life-sustaining treatment from a 12-year-old boy, who suffered a hypoxic ischaemic brain injury as a consequence of an accident, and declared the application inadmissible. Currently a case from Belgium[24] is pending before the ECtHR.

So far, only the case of *Lambert and others v. France*[25] has been decided on the merits. The applicants argued that withdrawing life-sustaining treatment, the legality of which had been confirmed by the French *Conseil d'État,* was in breach of the State's obligations under Article 2 ECHR. The ECtHR found that there was no consensus among the Member States of the Council of Europe on this issue, but the majority of Members allowed it.[26] Although the respective regulatory settings differ, there is a consensus as to the crucial importance of the patient's will in the decision-making process, as well as on the necessity of establishing procedures to ensure that a patient's consent is expressed or its existence verified.[27] In this context, the ECtHR emphasised that States do have a wide margin of appreciation, not just on whether to permit the withdrawal of artificial life-sustaining treatment and the detailed arrangements governing such withdrawal, but also as to how to strike a balance between the protection of a patient's right to life and the protection of the right to the respect of private life and personal autonomy. This margin of appreciation, however, is not unlimited, and the ECtHR reserves the power to review whether the State has complied with its obligations under Article 2 ECHR.[28]

IV. Some European countries

1. The Netherlands

The Netherlands pioneered the legalisation of terminating life upon request and physician-assisted suicide.[29] In April 2001, the Dutch legislator enacted the Termination

[23] *A.B. et al. v. United Kingdom* [the President], no. 37412/22, ECtHR 2022.
[24] *Mortier v. Belgium,* no. 78017/17.
[25] *Lambert et al. v. France* [GC], no. 46043/14, ECtHR 2015.
[26] Ibid., para 72.
[27] Ibid., para 74.
[28] Ibid., paras 144 et seq.
[29] For more information to the historical development and regulatory settings before the enactment of the Assisted Suicide Act see J. Keown, Euthanasia in the Netherlands: sliding down the slippery slope?, in J. Keown (ed.), *Euthanasia Examined, ethical, clinical and legal perspective,* (Cambridge University Press, Cambridge, 2010) 261 et seq.; M. Otlowski, *Voluntary Euthanasia and the Common Law,* (Clarendon Press, Oxford, 1997) 392.; K. Khorrami, Die „Euthanasie-Gesetze" im Vergleich, (2003) (21) *Medizinrecht (MedR),* 19–25., https://doi.org/10.1007/s00350-002-0839-6

of Life on Request and Assisted Suicide Act[30] (hereafter 'the Assisted Suicide Act'), which came into force a year later.

Both terminating life upon request and assisted suicide remain criminal offences according to the Dutch Criminal Code [Section 293(1) and Section 294(2) first sentence].[31] Section 293(2) of the Dutch Criminal Code states, however, that if terminating life upon request is carried out by a physician acting in accordance with the criteria of due care embodied in the Assisted Suicide Act (Section 2, lit. a–f) and fulfilling the obligation from the Burial and Cremation Act to report such actions, he or she shall avoid prosecution. This provision applies *mutatis mutandis* in cases of assisted suicide [Section 294(2) second sentence of the Criminal Code]. The physician is not obliged to follow the patient's request and can freely decide whether to assist the patient with their suicide or to terminate the patient's life actively.

The Dutch legislator did not limit terminating life upon request and assisted suicide to incurable diseases. Nonetheless, the prerequisite is that patients must endure intolerable suffering and there is no other acceptable solution to their condition.[32] In both cases, the physician must first ensure that the patient's request to terminate their life, or their decision to commit suicide, is made voluntarily and is well-considered. Furthermore, the physician must be convinced that the patient's suffering is without the prospect of improvement and unbearable. They must also inform the patient of the medical condition and prognosis, and consult at least one other independent physician, who shall examine the patient and provide a written statement on compliance with the criteria of due care. A psychiatric evaluation is not required.

If the patient is no longer able to express their will, their life may be terminated based on a prior written statement [Section 2(2) of the Assisted Suicide Act]. *De Hoge Raad,* the highest court of the Netherlands, recently dealt with a case in which euthanasia was carried out on the basis of an advanced directive, written by a patient with advanced dementia. It was disputed whether this would cover cases of dementia, and whether the legal requirements for terminating his life were met in the particular case.[33] In its landmark ruling of 21 April 2020, *De Hoge Raad* ruled that an earlier written request for termination of life may also be granted if patients become incapable of expressing their will due to advanced dementia and confirmed the acquittal of the physician.[34]

[30] Available at https://wetten.overheid.nl/BWBR0012410/2020-03-19 (Last accessed: 30.12.2022).
[31] Available at https://legislationline.org/ (Last accessed: 30.12.2022).
[32] H. A. M. Weyers, *Euthanasie: Het proces van rechtsverandering,* (Amsterdam University Press, Amsterdam, 2004) 106 et seq.; A. Bood, J. Griffiths and H. Weyers, *Euthanasia and Law in the Netherlands,* (Amsterdam University Press, Amsterdam, 1998) 66., https://doi.org/10.5117/9789053562758
[33] K. Gavela, *Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe,* (Springer, Berlin–Heidelberg, 2013) 141 et seq., https://doi.org/10.1007/978-3-642-31173-4
[34] *Hoge Raad,* Judgment of 21 April 2020, no. 19/05015, ECLI:NL:HR:2020:713. The English summary of the decision is available at www.hogeraad.nl (Last accessed: 30.12.2022).

Terminating life upon request and assisted suicide are also permissible, albeit under certain additional conditions, when involving minors over twelve years of age [Section 2(3) and (4) of the Assisted Suicide Act].

2. Belgium

Unlike in the Netherlands, assisted suicide in Belgium is neither considered a crime nor regulated in a special act on termination of life on request. Its legal status is considered uncertain.[35] It must be noted that the Belgian legislator deliberately did not address the issue in the Euthanasia Act,[36] which, like in the Netherlands, was passed in 2002. At that time, the Belgian *Conseil d'État* criticised this choice, pointing out that assisted suicide could, in certain cases, qualify as failure to render assistance to a person in danger according to Section 442bis – 442ter of the Criminal Code.[37] Furthermore, the *Conseil d'État* held that such a distinction between terminating life upon request and assisted suicide on the question of impunity might contradict to the principles of equality and non-discrimination.[38] The Federal Control and Evaluation Commission on Euthanasia established by the Euthanasia Act considers physician-assisted suicide to fall within the definition of terminating life upon request and therefore to be legal as long as it is carried out according to the conditions laid down in the Euthanasia Act, since the latter did not, according to the Commission, specify the way in which termination life on request must be carried out.[39]

On the contrary, terminating life upon request is a punishable offence according to Sections 393 and 394 of the Belgian Criminal Code. In contrast to Dutch law, the Belgian legislation uses the term 'euthanasia' and defines it in Section 2 of the Euthanasia Act[40] as terminating somebody's life upon request. Section 3 of the Euthanasia Act specifies the conditions of impunity for the physician.

---

35 H. Nys, Physician assisted suicide in Belgian Law, (2005) 12 (1) *European Journal of Health Law,* 39–41., https://doi.org/10.1163/1571809054663131

36 Available at https://www.ejustice.just.fgov.be (Last accessed: 30.12.2022).

37 Avis of the Conseil d'État from 20 June 2001, no. 31.441/AV-AG, 85, available at http://www.raadvst-consetat.be (Last accessed: 30.12.2022).

38 Avis of the Conseil d'État from 20 June 2001, no. 31.441/AV-AG, 85 et seq., available at http://www.raadvst-consetat.be (Last accessed: 30.12.2022).

39 Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie, *Huitième rapport aux Chambres législatives années 2016–2017,* https://organesdeconcertation.sante.belgique.be (Last accessed: 30.12.2022); H. Nys, A discussion of the Legal Rules on Euthanasia in Belgium Briefly Compared with the Rules in Luxembourg and the Netherlands, in D. A. Jones, C. Gastmans and C. MacKellar (eds), *Euthanasia and Assisted Suicide. Lessons from Belgium,* (Cambridge University Press, Cambridge, 2017) 9 et seq., https://doi.org/10.1017/9781108182799.002

40 Available at www.ejustice.just.fgov.be (Last accessed: 30.12.2022).

The patient must be in a hopeless situation, enduring constant and unbearable physical and psychological suffering due to a severe and incurable pathological condition that cannot be alleviated. Whereas the patient requesting death previously had to be an adult or emancipated minor, minors of any age have been able make such a request since 2014.[41] The physician must make sure that the patient is conscious at the moment of making the request which implies that the decision is made voluntarily, deliberately and while stable, with the absence of external pressure. The physician has the duty to provide comprehensive information to the patient and ensure that terminating their life corresponds with the patient's free will and represents the only remaining solution. As in the Netherlands, a second independent and qualified physician must assess the patient's condition, but there is no obligatory psychiatric evaluation in Belgium either.

In Belgium, the patient can also make a request by an advance directive (Section 4 of the Euthanasia Act). This must be in writing and meet three conditions: first, the person must be suffering from an accidental or pathological disease that is serious and incurable; second, the patient must be unconscious, which excludes, for example, patients with dementia; and third, the patient's situation must be irreversible according to the current state of scientific knowledge. All three of these requirements have to be assessed by a physician. Until recently, the law required such a statement to be dated not earlier than five years prior to the person's inability to express their own will. In 2020, however, the law was changed in favour of unlimited validity, since this requirement was regarded a 'useless administrative restriction'.[42]

The 2020 amendment also addressed the fact that some hospitals were using the so-called *clauses de conscience collective* to prohibit their physicians from carrying out euthanasia.[43] The Euthanasia Act now states that no written or unwritten clause may prevent a physician from terminating a patient's life under the law.[44]

Physicians are free to decide whether they will carry out euthanasia or not (Section 14 of the Euthanasia Act). However, in the event of a refusal, they are obliged to fulfil certain obligations, depending on the reasons for the refusal. If the physicians refuse because of their conscience, they must inform the patient or a designated trusted person, specifying the reasons and referring the patient or trusted person to another physician. If refusing for medical reasons, the physician is obliged to inform the patient

[41] Loi du 28 février 2014 modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs, no. 2014009093, available at http://www.ejustice.just.fgov.be (Last accessed: 30.12.2022).

[42] Chambre des représentants de Belgique, Proposition de loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en ce qui concerne la suppression de la durée de validité de la déclaration anticipée, no. 1830/001, available at https://leif.be (Last accessed: 30.12.2022).

[43] D. Lossignol, L'euthanasie et le détournement la clause de conscience, (2016) 37 *Revue medicale de Bruxelles (Rev Med Brux),* 384–389., 386.

[44] For more background information see the Avis of the Conseil d'État from 29 January 2020, available at www.raadvst-consetat.be (Last accessed: 30.12.2022).

or trusted person in due time, stating reasons. The medical reason shall be recorded in the patient's medical file.

3. Luxembourg

In Luxembourg, a physician may terminate life upon request and assist suicide under conditions specified in Section 2 of the Euthanasia and Assisted Suicide Act of 2009[45] (thereafter 'the Act'). In both cases, the patient must be a conscious adult in a hopeless situation, enduring constant and unbearable physical and psychological suffering as a result of a serious and incurable pathological condition that cannot be alleviated. The request of a patient must be voluntary, deliberate and made while stable, with the absence of external pressure and put in writing. The Act also allows the request to terminate one's own life to be made by an advance directive (Section 4 of the Act).

Despite the Luxembourgish Act showing considerable similarity to its Benelux counterparts, there are nevertheless a few differences. For example, only an adult[46] can request euthanasia or assisted suicide. Furthermore, Luxembourg has regulated physician-assisted suicide in the Act together with terminating life upon request, notwithstanding the first not being a criminal offence whereas the latter is. Finally, unlike the Netherlands or Belgium (since 2020), an advance directive requesting assistance with suicide or terminating one's life needs to be confirmed every five years.

4. Switzerland

In Switzerland, on the one hand, terminating somebody else's life upon request is a crime under Section 114 of the Swiss Criminal Code,[47] mitigating the penalty for manslaughter (Section 113).[48] On the other hand, assisting somebody with their suicide is considered a crime only when carried out for selfish motives according to Section 115 of the Swiss Criminal Code. This provision dates back to 1942,[49] and has no medical

[45] Available at http://legilux.public.lu (Last accessed: 30.12.2022).
[46] Under Luxembourgish law, a person 18 years or older.
[47] Available at https://www.fedlex.admin.ch (Last accessed: 30.12.2022).
[48] B. Tag, Strafrecht am Ende des Lebens – Sterbehilfe und Hilfe zum Suizid in der Schweiz, (2016) 128 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW),* 73–88 (75 et seq.), https://doi.org/10.1515/zstw-2016-0004
[49] C. Schwarzenegger, Selbstsüchtige Beweggründe bei der Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord (Art. 115 StGB), in F. T. Petermann (ed.), *Sicherheitsfragen der Sterbehilfe: Referate der Tagung vom 01.03.2007 im Hotel Intercontinental Zürich,* (Universität St. Gallen, St. Gallen, 2008) 100 et seq.; C. Bartsch, K. Landolt, A. Ristic, T. Reisch and V. Ajdacic-Gross, Assissted Suicide in Switzerland: An alaysis of death records from Swiss institutes of forensic medicine, (2019) *Deutsches Ärzteblatt*

background. It was much later when organisations such as Dignitas or Exit began to use it as a statutory basis for organising assisted suicide. 'Selfish motives' cover all forms of personal advantage, of a material, ideal or affective nature.[50] This prohibits the commercialisation of assisted suicide. Fees charged by these organisations are accepted as long as they do not exceed their administrative expenses.[51]

While the person assisting a suicide does not *de jure* have to be a physician, the involvement of a physician is *de facto* necessary. In its ruling of 2006,[52] which was confirmed by the ECtHR, the Federal Supreme Court *(Bundesgericht)* of Switzerland ruled that a lethal drug being used to commit suicide must be prescribed by a physician. This is supposed to prevent abuse. Furthermore, such a requirement should, based on the physician's duty of care, protect a person against rash decisions and ensure that the decision corresponds with the subject's free will.

5. Germany

For historical reasons, the sensitive term 'euthanasia' is not used in Germany.[53] It has been replaced by the term 'Sterbehilfe' (assistance in dying) which is as unclear and ambiguous as 'euthanasia,' covering everything from terminating life (upon request) and assisted suicide and letting die. Terminating somebody else's life upon request is a crime under Section 216 of the German Criminal Code[54] mitigating the sanctions of manslaughter (Section 212 German Criminal Code).

However, up until 2015, it had been perfectly legal to assist somebody with their suicide, and has become again since the end of February 2020, provided the decision to commit suicide is a voluntary one. Between 2015 and 2020, however, assisting somebody to commit suicide with the intention to do so repeatedly was a crime under Section 217 of the German Criminal Code. Relatives and persons close to the person wishing to commit suicide were exempt from criminal liability. The legislator's main intention was to ban organisations providing assisted suicide services in Germany and to prevent

International (DtschÄrzteblInt), 545–525., 545; L. Engi, Die „Selbstsüchtigen Beweggründe" von Art. 115 StGB im Licht der Normenentstehungsgeschichte, (2009) *Jusletter,* https://jusletter.weblaw.ch (Last accessed: 30.12.2022).

50 Bundesgericht, Judgement of 16 June 2010, no. 1C_438/2009, available at https://www.bger.ch (Last accessed: 30.12.2022).

51 C. Schwarzenegger, in *Basler Kommentar zum Strafrecht (BSK-StGB/JStGB),* (4th ed., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018) Art. 115, no. 13 et seq.

52 Bundesgericht, Judgement of 3 November 2006, no. 2A.48/2006, available at https://www.bger.ch (Last accessed: 30.12.2022).

53 For an overview see G. Hohendorf, *Der Tot als Erlösung vom Leiden: Geschichte und Ethik der Sterbehilfe seit dem Ende des 19. Jahrhunderts in Deutschland,* (Wallstein, Göttingen, 2013).

54 Available at https://www.gesetze-im-internet.de (Last accessed: 30.12.2022).

assisted suicide from becoming normal.[55] In its ruling of 26 February 2020,[56] the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG – hereafter 'the Constitutional Court') declared Section 217 of the Criminal Code to be unconstitutional and void. The Constitutional Court underlined that the State must respect an individual's decision to end life as an act of personal autonomy and self-determination.[57] The right to self-determined death also includes the right to receive assistance from others. As Section 217 of the Criminal Code effectively outlawed the chance to receive help from others, namely physicians, it interfered with the right to self-determined death. After applying a comprehensive proportionality test, the Constitutional Court concluded that such interference was not justified and that the provision thus violated the Constitution.[58] Now it is once again legal to assist somebody with their suicide provided it is a voluntary act.

However, it can sometimes be difficult to draw the line between assisting somebody with their suicide and terminating somebody's life upon request, which is illustrated by a case recently decided by the German Federal Supreme Court (*Bundesgerichtshof* – 'BGH').[59] An elderly man who suffered from severe pain for many years decided to end his life with the help of his wife. She first provided him with medication, which he requested and subsequently swallowed on his own. Following his wish, she also administered him all the insulin syringes available in the house. Before losing consciousness, the man wrote a note stating that he did not want to continue living due to his pain, that he had forbidden his wife to consult a doctor and now wanted to take his own life. He also made sure that his wife had indeed taken all the insulin syringes available. The man died the same night due to an insulin overdose, not because of the medication he had swallowed. Unlike the lower courts, the BGH ruled that the wife had not terminated the life of her husband but that he had committed suicide. The injections of insulin, which caused the husband's death, should not be regarded as terminating his life because he could have averted their lethal effects and deliberately decided not to do so.

The German courts also dealt with cases regarding access to regulated drugs for the purpose of committing suicide. In 2017, the Federal Administrative Court decided a case[60] where a claimant wished to obtain a licence to acquire a lethal dose of sodium

[55] Bundestag-Drucksache (BT-Drucks.) 18/5373, 8 et seq., available at https://dip21.bundestag.de (Last accessed: 30.12.2022).

[56] Bundesverfassungsgericht, Judgment of 26 February 2020, no. 2 BvR 2347/15, available in English at https://www.bundesverfassungsgericht.de (Last accessed: 30.12.2022).

[57] Ibid., para 210.

[58] Ibid., paras 219 et seq.

[59] *Bundesgerichtshof,* Judgment of 28.6.2022 no. 6 StR 68/21, available at http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=130875&pos=0&anz=1 (Last accessed: 30.12.2022).

[60] *Bundesverwaltungsgericht,* Judgment of 2 March 2017, no. 3 C 19.15, available in English at https://www.bverwg.de (Last accessed: 30.12.2022).

pentobarbital to commit suicide. This is a narcotic, the prescription of which is highly regulated under German law. In order to obtain the amount necessary to commit suicide, a licence from the Federal Institute for Drugs and Medical Devices (hereafter 'the Institute') is necessary. The Federal Administrative Court held that the acquisition of a lethal dose of such a drug for the purpose of committing suicide was contrary to the purpose of the Act on Narcotic Drugs and therefore generally prohibited.[61] However, such a general prohibition would interfere with the human right of patients to decide autonomously about their death under the German Basic Law *(Grundgesetz).*[62] The Court concluded that the state has to grant access to a drug that enables the patient to commit suicide in a dignified and painless manner if the patient is severely and incurably ill and their situation is unbearable.[63] This decision was both welcomed and criticised.[64] In practice, such a licence has not yet been granted, neither by the Institute nor by the courts.[65]

After the ruling of the BVerfG on assisted suicide, another case regarding access to drugs was decided by the Higher Administrative Court of North Rhine-Westphalia (*Oberverwaltungsgericht* – 'OVG') in February 2022.[66] The OVG held that there is no access to such a lethal drug for the purpose of committing a suicide under the law as it stands but it is up to the legislator to decide on this issue in the light of the ruling of the BVerfG.

Currently, the Federal Parliament *(Bundestag)* is discussing how to regulate assisted suicide. As the coalition forming the federal government is split on the issue, three groups of parliamentarians have drafted bills that are currently being discussed.[67] In addition to these drafts, there is also a cross-party motion to promote suicide prevention.[68] The German Ethics Council (*Deutscher Ethikrat* – 'DER'), an advisory

[61] Ibid., para 18aa).
[62] Ibid., para 22bb).
[63] Ibid., para 31.
[64] See e.g., *Deutscher Ethikrat,* Ad-hoc Empfehlung of 1 June 2017, available at www.ethikrat.org, also in English (Last accessed: 30.12.2022).
[65] *Bundesverfassungsgericht,* Judgment of 20 May 2020, no. 1 BvL 2/20; *Bundesverwaltungsgericht,* Judgement of 28 May 2019, no. 3 C 6.17; *Verwaltungsgericht* Köln, nos. 7 K 13803/17, 7 K 14642/17, 7 K 8560/18, Judgement of 24 November 2020.
[66] *Oberverwaltungsgericht* NRW, nos 9A 146/21, Judgment of 02 February 2022, ECLI:DE:OVGNRW:2022:0202.9A146.21.00.
[67] *Bundestag-Drucksache* (BT-Drucks.) 20/904, available at https://dserver.bundestag.de/btd/20/009/2000904.pdf (Last accessed: 30.12.2022); *Bundestag-Drucksache* (BT-Drucks.) 20/2239, available at https://dserver.bundestag.de/btd/20/022/2002293.pdf (Last accessed: 30.12.2022); *Bundestag-Drucksache* (BT-Drucks.) 20/2332, available at https://dserver.bundestag.de/btd/20/023/2002332.pdf (Last accessed: 30.12.2022).
[68] *Bundestag-Drucksache* (BT-Drucks.) 20/1221, available at https://dserver.bundestag.de/btd/20/011/2001121.pdf (Last accessed: 30.12.2022).

body to the Federal Parliament and Government, has recently published an advisory opinion on some important issues.[69]

V. Views from Overseas

1. The United States of America

In the U.S., the State of Oregon was the first to legislate on assisted suicide. Its Death with Dignity Act was based upon a citizens' initiative in 1994 and enacted three years later.[70] Since then, seven other US States and Washington D.C.[71] have enacted statutes enabling their residents to make use of assisted suicide. In addition, the Supreme Court of Montana held in *Baxter v. Montana*[72] that consent of a mentally competent, terminally ill patient hindered the prosecution of a physician who had assisted him in committing suicide. Nonetheless, the Court did not make a broader ruling that would acknowledge a right to assisted suicide as such.[73]

Assisted suicide frequently involves a physician prescribing a lethal dose of medication (known as aid-in-dying medication) for self-administration. The request for such medication must meet several requirements: first, such a request is limited to residents of the respective State; second, only an adult with the ability to make and communicate health care decisions can make such a request; third, only a terminal disease may be taken into consideration as grounds for the prescription (in some states, in combination with a particular life-expectancy, e.g. in Colorado, a maximum of 6 months according to Section 25-48-102 of the End of Life Options Act). However, the patient does not have to face intolerable suffering to make such a request.

---

[69] *Deutscher Ethikrat* (German Ethics Council), Stellungnahme „Suizid – Verantwortung, Prävention und Freiverantwortlichkeit" vom 22.9.2022, available at https://www.ethikrat.org (Last accessed: 30.12.2022) (an English translation will be available there, too).

[70] L. Ganzini, Legalized Physician Assisted Death in Oregon – Eighteen Years' Experience, in G. D. Borasio, R. Jox, J. Taupitz and U. Wiesing (eds), *Assistierter Suizid: Der Stand der Wissenschaft,* (Springer, Berlin-Heidelberg, 2017) 7–20., https://doi.org/10.1007/978-3-662-52669-9_2

[71] California, End of Life Option Act; Colorado, End of Life Options Act; District of Columbia, D.C. Death with Dignity Act; Hawaii, Our Care, Our Choice Act; Maine, Death with Dignity Act; New Jersey, Aid in Dying for the Terminally Ill Act; Vermont, Patient Choice and Control at the End of Life Act; Washington, Death with Dignity Act. Full versions of the cited acts can be accessed at https://www.deathwithdignity.org (Last accessed: 30.12.2022).

[72] *Baxter v. Montana,* no. MT DA 09-0051, 2009 MT 449, available at https://law.justia.com (Last accessed: 30.12.2022).

[73] J. M. Pollock, *Criminal Law,* (10th ed., Elsevier AP, Waltham, 2013) 187., https://doi.org/10.4324/9781315721828

Depending on the state, special rules governing the formal requirements must be respected. For example, in Washington, a valid request must be made via a certain form, then dated, signed and witnessed by at least two individuals (Section 70.245030 of the Death with Dignity Act), whereas Colorado requires two oral requests, separated by at least fifteen days, and a valid written request to the attending physician (Section 25-48-104 of the End of Life Options Act).

2. Canada

In Canada, terminating life upon request and assisting with a suicide are, as a rule, both criminal offences. After the Supreme Court of Canada had held in 2015 that the general prohibition of a physician-assisted death unjustifiably infringes the Canadian Charter of Rights and Freedoms,[74] the Criminal Code was amended. Now Section 241.1. of the Canadian Criminal Code[75] allows and regulates 'medical assistance in dying' meaning both physician-assisted suicide and terminating life by a physician upon request.

Canadian law makes a great effort to specify the requirements for a request for medical assistance in dying: first, the person must be eligible for health services funded by a (provincial) government in Canada; second, the person must be suffering from a grievous and irremediable medical condition; and third, the person must be at least 18 years old and capable of making decisions regarding their health. The request must be made voluntarily, without any external pressure and after having been informed of the means available to relieve suffering, including palliative care. The request must be made in writing in the presence of two witnesses, after the patient has been informed by a physician that their medical condition is indeed grievous and irremediable. They must also be informed that it is possible to withdraw the request at any time and there is also a waiting period of at least ten days between the request and the act of assisted dying.

A notable feature of the Canadian regulation is the obligation of the physician prescribing the substance for the purposes of medical assistance in dying to inform the pharmacist dispensing the substance for which purse it is intended. There is no obligation on the part of the dispenser, or any other person, to provide or assist in providing medical assistance in dying.

[74] *Carter v. Canada,* [2015] 1 SCR 331, available at https://scc-csc.lexum.com (Last accessed: 30.12.2022). For more information see S. S. Martin, Assisted Suicide and the European Convention on Human Rights: A Critical Analysis of the Case Law, (2018) 21 *Trinity College Law Review*, 244–275., 252.

[75] Available at https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-33.html#h-119953 (Last accessed: 30.12.2022).

VI. Conclusion

While there is a human right to life under European as well as under international human rights instruments, no human right to die has yet been acknowledged, neither on the European nor on the international level. However, some courts have acknowledged such a right to die at the national level, and there is a clear tendency within the case-law of the European Court of Human Rights towards such a right under Article 8 of the European Convention on Human Rights, even if this Court grants the Member States a wide margin of appreciation.

Based on their general approach to the question of end-of-life decisions, countries can be divided roughly into three groups. The first and largest group bans all forms of assisted suicide and terminating life upon request (e.g. Czech Republic, Slovakia and Poland). In the second group, which has been growing, terminating life upon request is banned but assisted suicide, including physician-assisted suicide, is legal under certain conditions [e.g. Switzerland, Germany, Austria (from 1 January 2022),[76] and some States in the US]. In the third and smallest group, physician-assisted suicide and terminating life upon request are legal under certain conditions (the Benelux countries and Canada).

Nonetheless, even within these groups, the national laws show significant differences with respect to the method of regulation and the individual requirements. Some legislators have chosen the way of special laws [e.g. Luxembourg and Belgium (with respect to terminating of life upon request)], others have amended their criminal codes (e.g. the Netherlands, Switzerland), or rely on their general law with no explicit regulation [e.g. Germany (for the time being), Belgium (with respect to assisted suicide)]. Considering the individual requirements, legal regimes differ substantively regarding the person making such a request and the possibility of advance directives. Only in Belgium and the Netherlands can such a request be made by a minor; most legislations require the applicant to be an adult. While in some countries the applicant has to suffer from an incurable and fatal illness (e.g. Belgium and Luxembourg), other countries do not limit the request to specific situations [e.g. the Netherlands and Germany (for assisted suicide)]. In the US and Canada, applicants must reside in the respective states, the background of which is to avoid 'suicide tourism', whereas in Europe it is possible to seek such an assistance abroad. Lastly, an advance directive requesting assistance with one's suicide or terminating one's life is expressly acknowledged in the Benelux countries only.

This brief overview shows that there is no great divide between Civil and Common Law countries but a common tendency towards allowing and regulating assisted suicide. This tendency is, *inter alia,* backed by, if not based upon, a growing

[76] The Austrian Constitutional Court (*Verfassungsgerichtshof* – 'VfGH') declared the prohibition of any form of assisted suicide without exception to be unconstitutional and void from 1 January 2022 onwards, see G 139/ 2019 of 11 December 2020, no. GH 139/19, available at https://www.vfgh.gv.at/rechtsprechung/Ausgewaehlte_Entscheidungen.de.html (also in English) (Last accessed: 30.12.2022).

body of jurisprudence acknowledging a human right to die with dignity, including the right to commit suicide with the help of others. Nevertheless, there are significant differences between the countries allowing assisted suicide regarding its requirements, both material and procedural.

In contrast, terminating life upon request has been legalized only by the Benelux countries and Canada. All other countries regard this to be a form of killing and, consequently, strictly ban it by criminal law. These positions are mirrored at the level of human rights. Human rights jurisprudence has not extended the human right to die with dignity to terminating life upon request, with the Canadian Supreme Court being the notable exception.

Bearing these fundamental differences in mind, as well as the variety of regulatory approaches, it is necessary for both analytical reasons and for the debate on how to regulate to avoid the broad and notoriously vague term of 'euthanasia' or, in Germany, 'Sterbehilfe' and to distinguish between assisted suicide and terminating life upon request on the one hand and letting somebody die on the other.

Gellérné Lukács, Éva*

Gesundheitsversorgung für geflüchtete ukrainische Bürger in Ungarn im Lichte des EU-Rechts

Abstract

The article – with a historical perspective – presents the essential elements of access to health care for refugees and asylum seekers in Hungary. The Russian-Ukrainian crisis has been going on since 24 February 2022, which has pushed millions of people into forced migration, gives this a sad topicality. The legal response to the crisis also affects access to Hungarian health care, since Hungary – after the Romanian and Yougoslavien crises – must once again stand up as a neighboring country and help the fleeing people. The article also touches upon the relevance of EU law in the respective area.

Keywords: access to health care for refugees, asylum seekers and displaced persons, Ukrainian crisis, Hungarian health care system, EU law on displaced persons

I. Einführung

„Jeder hat das Recht, in anderen Ländern vor Verfolgung Asyl zu suchen und zu genießen." Artikel 14 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 sieht dieses Recht als Grundrecht für Flüchtlinge an. Zusätzlich ist Ungarn, als Mitgliedstaat der Europäischen Union, an das Asylrecht gebunden, das gemäß den Bestimmungen der beiden internationalen Verträge und in Übereinstimmung mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft garantiert werden muss.[1] In der Europäischen Union wurden mehrere Rechtsinstrumente verabschiedet, die in ungarisches Recht umgesetzt werden mussten. Auf der Sondertagung des Europäischen Rates in Tampere am 15. und 16. Oktober 1999 wurde vereinbart, dass sich der Europäische Rat um die Schaffung

* Gellérné Lukács, Éva, Assistenzprofessorin, Lehrstuhl für Internationales Privatrecht und Europäisches Wirtschaftsrecht.

[1] Das Recht auf Asyl wird nach Maßgabe des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 und des Protokolls vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie nach Maßgabe des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden „die Verträge") gewährleistet (Artikel 18 Charta der Grundrechte der Europäischen Union).

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.12.149

eines gemeinsam europäischen Asylsystems auf der Grundlage der uneingeschränkten und umfassenden Anwendung der Genfer Konvention bemühen wird.[2]

Mit der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlingen oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, wurde der Inhalt des zu gewährenden Schutzes geregelt. Seit 2001 legt die Richtlinie 2001/55/EG gemeinsame europäische Mindeststandards für die Gewährung von vorübergehendem Schutz fest, die den Begriff des Vertriebenen aus Drittländern und die ihnen zustehenden Leistungen betreffen. „Ziel dieser Richtlinie ist es, Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen aus Drittländern, die nicht in ihr Herkunftsland zurückkehren können, festzulegen und eine ausgewogene Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten zu fördern."[3] Die beiden Richtlinien enthalten eine Reihe von Ansprüchen für Flüchtlinge und Vertriebene, einschließlich des Rechts auf Gesundheitsversorgung. Diese Rechtsinstrumente wurden vor der großen Flüchtlingswelle im Jahr 2015 verabschiedet und trugen damit sicherlich dazu bei, dass die EU-Mitgliedstaaten mit der Migrationskrise besser vorbereitet umgehen konnten.[4] Die aktuelle Kriegssituation kann als ein weiterer Test des EU-Rechts angesehen werden.

II. Betroffene Personen und ihre Rechte

Um den Umfang des gewährleisteten Schutzes in den Richtlinien zu verstehen, müssen zuerst die Kategorien der betroffenen Personen klargestellt werden. Die folgende Tabelle fasst die Begriffe in den relevanten, geltenden EU-Rechtsquellen zusammen. Die ungarischen und englischen Bezeichnungen sind auch angegeben, damit die bestimmten Personengruppen besser zu verstehen sind.

[2] T. Hoffmann und T. D. Ziegler, *A menekültügy jogi szabályozása,* (MTA Migrációs Kutatócsoport jelentésének jogi szekciója, 2015); D. K. Pedryc, A menekült státusz meghatározása az 1951. évi Genfi Egyezmény szerint, (2017) (5) *Pázmány Law Working Papers,* http://plwp.eu/files/2017-5_Pedryc_jav.pdf (letzter Zugriff: 30.12.2022).

[3] Richtlinie 2001/55/EG, Artikel 1.

[4] Menekültek a világban, in *Statisztikai Tükör,* (Központi Statisztikai Hivatal, 2016. július 25.), https://www.ksh.hu/docs/hun/xftp/stattukor/menekult15.pdf (letzter Zugriff: 30.12.2022). „Die Zahl der Menschen, die in den vom UNHCR kontrollierten Staaten als Flüchtlinge anerkannt werden, und die Zahl der Menschen mit flüchtlingsähnlichem Status sind in den letzten fünf Jahren deutlich gestiegen, von 10,4 Millionen beim Ende 2011 auf über 16,1 Millionen beim Ende 2015, der höchste Wert seit 20 Jahren." (Ibid., 2.).

Tabelle 1. Relevante Begriffe in geltenden Rechtsquellen

EU-Recht	**Gewährleisteter Schutz**	**Persönlicher Geltungsbereich**	**Personal scope**	**Személyi hatály**
Richtlinie 2011/95/EU (ehem. 2004/83/EU)*	Dauerhaft	Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention)	Refugees	Menekültek
Richtlinie 2001/55/EG**	Vorübergehend (ein Jahr + Verlängerung höchstens ein Jahr)	Vertriebene	Displaced Persons	Lakóhelyüket elhagyni kényszerült személyek
Allgemeine Definition		*Asylsuchende / Asylbewerber*	*Asylum seeker*	*Menedéket kérő*

* Richtlinie 2011/95/EU über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes.
** Richtlinie 2001/55/EG über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten.
Quelle: Eigene Zusammenstellung des Autors

Die erste Richtlinie nennt sich Qualifikationsrichtlinie und bezieht sich auf die Anerkennung von Flüchtlingen, im Einklang mit der Internationalen Genfer Flüchtlingskonvention aus dem Jahr 1951. In diesem Sinne bezeichnet der Ausdruck „Flüchtling" einen Drittstaatsangehörigen, der aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe sich außerhalb *des* Landes befindet, *dessen Staatsangehörigkeit er besitzt,* und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Furcht nicht in Anspruch nehmen will, *oder einen Staatenlosen, der sich aus denselben vorgenannten Gründen außerhalb des Landes seines vorherigen gewöhnlichen Aufenthalts befindet und nicht dorthin zurückkehren kann oder wegen dieser Furcht nicht dorthin zurückkehren will.*[5] Die Genfer Flüchtlingskonvention – obwohl sie die Zuerkennung des Flüchtlingsstatusesganzer Gruppen nicht ausschließt – beinhaltet

[5] Im Sinne von Artikel 1 Abschnitt A der Genfer Flüchtlingskonvention.

keine Regelung für Vertriebene,[6] deshalb wurde ein anderes Rechtsinstrument für diese Personen in der EU angenommen.

Richtlinie 2001/55/EG befasst sich mit Vertriebenen. Im Sinne von Artikel 2(c) bezeichnet der Ausdruck „Vertriebene" „Staatsangehörige von Drittländern oder Staatenlose, die ihr Herkunftsland oder ihre Herkunftsregion haben verlassen müssen oder insbesondere nach einem entsprechenden Aufruf internationaler Organisationen evakuiert wurden und wegen der in diesem Land herrschenden Lage nicht sicher und dauerhaft zurückkehren können". Sie können später zu Flüchtlingen werden, aber in der Zwischenzeit brauchen sie vorübergehenden Schutz. Der Rat entscheidet, ob eine besondere individuelle Situation unter diese Richtlinie fällt, und entscheidet über die Gewährung vorübergehenden Schutzes für die betroffenen Personen.[7] Die Dauer des vorübergehenden Schutzes beträgt ein Jahr. Wenn sich die Bedingungen im Herkunftsland nicht verbessern, verlängert sich der vorübergehende Schutz automatisch um jeweils sechs Monate, höchstens jedoch um ein Jahr.

„Flüchtlinge" und „Vertriebene" sind fest definierte Begriffe innerhalb des EU-Rechtes. Daraus folgen zwei wichtige Feststellungen:

1. Diese Personengruppen und ihre Ansprüche wurden in die nationalen Rechte der EU-Mitgliedstaaten aufgenommen, was bedeutet, dass bestimmte Rechte von allen Mitgliedstaaten garantiert werden;[8]

2. Beide Richtlinien sind Mindestharmonisierungsrichtlinien**,** was bedeutet, dass sie die Befugnis der Mitgliedstaaten günstigere Regelungen zu erlassen, nicht berühren. Mitgliedstaaten können günstigere Normen bezüglich der Definition von Flüchtlingen oder Vertriebenen und bezüglich des Inhalts des gewährleisteten Schutzes treffen.

Ein gutes Beispiel für Schutz über die Mindestharmonisierung hinaus findet sich im ungarischen Recht. Im Sinne ungarischen Rechtes, genauer aufgrund des Gesetzes LXXX von 2007 über Asyl, sind zu schützende Personen nicht nur diejenigen, die vom Rat der EU als Vertriebene anerkannt wurden (aufgrund Artikel 2 der Richtlinie 2011/55/EG), sondern auch solche, die von der ungarischen Regierung als solche anerkannt wurden.

Gemäß Artikel 19 des oben genannten Gesetzes gewährt Ungarn vorübergehenden Schutz für Ausländer, die einer Gruppe ankommender, massenhaft Vertriebener angehören, und die a) vom Rat der Europäischen Union als Vertriebene gemäß der Richtlinie anerkannt wurden; oder b) von der ungarischen Regierung als Begünstigte

[6] J. Tóth und B. Decmann, A menedékesekről szóló szabályozás hasznáról és káráról, (2020) 2 (2) *Máltai Tanulmányok,* 183–199., https://epa.oszk.hu/04000/04049/00004/pdf/EPA04049_maltai_tanulmanyok_2020_02_183-202.pdf (letzter Zugriff: 30.12.2022).

[7] Richtlinie 2011/55/EG, Artikel 5.

[8] Z. Klenner, Nemzetközi védelmet szerző külföldiek jogai és kötelezettségei, illetve integrációjuk hazánkban, in Z. Klenner (ed.), *Menekültügyi ismeretek,* (Dialóg Campus, Budapest, 2019) 166.

für vorübergehenden Schutz anerkannt wurden, weil sie aufgrund bewaffneter Konflikte, Bürgerkriege oder ethnischer Auseinandersetzungen oder allgemeiner, systematischer oder schwerer Menschenrechtsverletzungen gezwungen sind, aus ihrem Land zu fliehen. Dies gibt die Möglichkeit, erforderlichenfalls auch ohne EU-Beschluss schnell Unterstützung zu leisten. Wichtig ist, dass die zwei Kategorien zusammen „Begünstigte des vorübergehenden Schutzes" – *menedékes* – genannt werden.[9]

Die wichtigste Frage ist dabei, wie effektiv die etablierten Rechtsnormen in einer realen praktischen Anwendungssituation sind. In Bezug auf den Status von Begünstigten des vorübergehenden Schutzes muss dem Standpunkt zugestimmt werden, dass die Regierung die gesetzlichen Bestimmungen bis 2022 nie in der Praxis angewendet hat. Dies lag daran, dass das an individualisierte Entscheidungsfindung gewöhnte System der Behörden denjenigen, die massenhaft hierherkamen, keinen Status und keine Rechte ohne individuelle Prüfung gewähren konnte und/oder wollte.[10]

III. Medizinische Versorgung

Die nächste Tabelle fasst zusammen, auf welche Gesundheitsversorgung die betroffenen Personen Anspruch aufgrund EU-Rechts haben. Flüchtlinge sind zur Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des betroffenen Landes berechtigt, Vertriebene haben mindestens einen Anspruch auf Notversorgung und auf die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten.

Tabelle 2. Recht auf Gesundheitsversorgung aufgrund EU Rechtes

EU-Recht	**Medizinische Versorgung**
Richtlinie 2011/95/EU (ehem. 2004/83/EU) Flüchtlinge *(Refugees, menekült)*	Artikel 30(1) Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist, zu *denselben Bedingungen wie Staatsangehörige des diesen Schutz gewährenden Mitgliedstaats* Zugang zu medizinischer Versorgung haben.

[9] Die Begriffe wurden erstmals in 1997 klargestellt: Artikel 48 des Asylgesetzes CXXXIX vom 1997.
[10] Tóth und Decmann, A menedékesekről szóló szabályozás hasznáról és káráról, 183–199.

EU-Recht	Medizinische Versorgung
Richtlinie 2001/55/EG Vertriebene *(Displaced persons, lakóhelyüket elhagyni kényszerülők)*	Artikel 13(2) Unbeschadet des Absatzes 4 umfasst die notwendige Hilfe im Hinblick auf die medizinische Versorgung *mindestens die Notversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten*. (4) Die Mitgliedstaaten gewähren Personen, die vorübergehenden Schutz genießen und besondere Bedürfnisse haben, beispielsweise unbegleitete Minderjährige oder Personen, die Opfer von Folter, Vergewaltigung oder sonstigen schwerwiegenden Formen psychischer, körperlicher oder sexueller Gewalt geworden sind, die erforderliche medizinische oder sonstige Hilfe.

Quelle: Eigene Zusammenstellung des Autors

Die Unterscheidung des Leistungsspektrums erfolgt aufgrund der Aufenthaltsdauer. Die Mehrzahl der vertriebenen Personen beantragt Schutz für kürzere Zeit, sie wollen ihr Heimatland grundsätzlich nicht dauerhaft verlassen. Die Richtlinie bestimmt die Notversorgung als Mindesterwartung angesichts dieser vorübergehenden Natur des Schutzes. Andererseits müssen sich Flüchtlinge im Zielland integrieren und das ist eine langfristige Herausforderung, welche Gleichbehandlung erfordert. Das sind also die Erwartungen des EU-Rechts an die Mitgliedsstaaten. Es stellt sich die Frage, wie die ungarische Lösung daran angepasst werden kann.

IV. Die ungarische Regelung aus historischer Sicht

Hinsichtlich der historischen Entwicklung der Rechte von Flüchtlingen und anderen Begünstigten in Ungarn, lassen sich drei grossen Phasen unterscheiden. Die erste Phase dauerte von 1988 bis 1997. Im Jahre 1997 wurde Ungarns erstes unabhängiges Flüchtlingsgesetz verabschiedet. Die zweite Phase dauerte von 1997 bis zum Anfang der russisch-ukrainischen Krise (Februar 2022) und die dritte Phase begann im Februar 2022 und dauert auch heute noch an.

1. Die erste Phase

In der ersten Phase, die dem politischen Regimewechsel zeitlich vorausging, kamen ab 1988 Asylsuchende aus Rumänien, überwiegend Personen ungarischer Herkunft. Diese beträchtliche Zahl von Asylsuchenden stellte eine echte praktische Herausforderung für die ungarischen Betreuungs- und Regulierungssysteme dar. Der Jugoslawische

Krieg löste die nächste große Migrationswelle im Jahre 1991 aus.[11] Die ersten ungarischen Vorschriften zur Unterstützung dieser Menschen wurden nicht unter der Genfer Flüchtlingskonvention verabschiedet. Im Jahre 1988 richtete die Regierung einen Niederlassungsfonds ein,[12] der später Flüchtlingsschutzfonds genannt wurde,[13] welcher einheitliche Regelungen für alle Personenkategorien enthielt. Der Fonds gewährte vollen und kostenlosen Zugang zur Gesundheitsversorgung. Es gab jedoch keine ausdrücklichen Bestimmungen darüber. Vor der Verabschiedung des Gesetzes über das Asylrecht im Jahre 1997 befanden sich die nationalen Rechtsvorschriften über Gesundheitsversorgung in dem Gesetz über soziale Sicherheit[14] und auch in anderen Vorschriften auf niedrigerer Rechtsebene.[15]

Die Zeit zwischen 1988 und 1997 war dadurch gekennzeichnet, dass viele Personen mit ungarischer Herkunft vorübergehenden Schutz beantragten. Viele Menschen, die aus den Nachbarländern flüchteten, sind in Ungarn geblieben und Staatsbürgerinnen geworden, andere wanderten in andere Länder aus. Diejenigen, die nach Ungarn kamen, waren zum größten Teil Vertriebene nach unseren heutigen Begrifflichkeiten und keine Flüchtlinge.

Es gab keinen technischen und inhaltlichen Unterschied zwischen dem Status von Flüchtlingen und Vertriebenen, ihr Zugang zur Gesundheitsversorgung war im Wesentlichen derselbe. Wer als Flüchtling oder Vertriebener in eine dieser Kategorien aufgenommen wurde oder die Anerkennung als solche beantragt hatte, erhielt die gleiche Gesundheitsversorgung, die über die dringende Notwendigkeit hinausging und sicherte sich alle Arten von Leistungen für die unvorhersehbare Dauer des Aufenthaltes.

2. Die zweite Phase

Bis 1997 gab es keine ausgereiften rechtlichen Grundlagen für die Qualifikation von Asylbewerbern und ihrer Rechte. Als Eröffnung der zweiten Phase wurde das erste eigenständige Asylgesetz verabschiedet, des Gesetz CXXXIX von 1997 über das Asylrecht.

Die Bedingungen waren viel friedlicher als zuvor, die Zahl der Asylbewerber und Flüchtlinge war in dieser Zeit nicht mehr nennenswert. Einerseits kamen keine Asylsuchenden aus Rumänien mehr und der Krieg in Jugoslawien war beendet. Andererseits, obwohl Ungarn inzwischen der Genfer Konvention beigetreten war, kündigte es einen

[11] Z. Klenner, A modern menekültügyi rendszer létrehozása és fejlődése a rendszerváltoztatás időszakában Magyarországon, (2017) (3) *Magyar Rendészet,* 47–60.
[12] MT Regulierung 49/1988. (VI. 28.) über den Niederlassunksfonds.
[13] Gesetz XXVI vom 1993 über den Flüchtlingsschutzfonds.
[14] Gesetz II vom 1975 über Soziale Sicherheit.
[15] Regierungsverordnung 29/1996. (VII. 31.) über Leistungen für Personen unter vorübergehenden Shutz in Ungarn.

Gebietsvorbehalt an (Flüchtlinge konnten nur aus Europa ankommen). Deshalb fielen Flüchtlinge außerhalb Europas nicht in den Anwendungsbereich der Konvention. Doch hat die rumänische und die südslawische Krise die Ausarbeitung des Gesetzes beeinflusst. Es wurde klar, dass solche Ereignisse in der Praxis zur Ankunft einer großen Zahl von Flüchtlingen und Vertriebenen führen können, was eine andere Attitüde induzierte.[16]

Die neuen Bestimmungen des Asylgesetzes signalisierten deshalb eine Art Vorsicht: obwohl Ungarn den Gebietsvorbehalt bezüglich der Genfer Konvention aufgehoben hatte, und damit die verbindliche Anwendung der Genfer Konvention voll anerkannte, hat Ungarn Beschränkungen bezüglich der Rechte Begünstigter des vorübergehenden Schutzes vorgenommen. Das bedeutet, dass seit 1997 Flüchtlinge ungeachtet ihres Herkunftsstaates in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, aber Begünstigte des vorübergehenden Schutzes nur dann Schutz in Ungarn genießen, wenn eine spezifische gesetzgeberische Entscheidung diese Behandlung begründet. Das bedeutet, dass sie nur dann Schutz genießen können, wenn die EU oder die ungarische Regierung eine Entscheidung trifft, die sie als Begünstigte deklariert und dass sie aufgrund ihrer Staatsbürgerschaft oder ihres Wohnortes geschützt sind.

Durch das neue Gesetz wurden die Kategorien von Flüchtling, Begünstigter des vorübergehenden Schutzes und Antragsteller erstmals in Ungarn begrifflich und inhaltlich systematisch gegliedert. Die Begriffe und auch die Verfahren, mit denen der Status erlangt werden konnte wurden getrennt. Parallel dazu wurden die Sozialrechte für diese Gruppen auf verschiedenen Wegen geregelt. Flüchtlinge wurden zur Gleichbehandlung mit ungarischen Bürgern berechtigt, abhängig von Erwerbstätigkeit oder Wohnsitz. Artikel 10 Absatz (1) legt fest, dass „[ein] Flüchtling, sofern nicht ausdrücklich durch Gesetz oder Regierungsverordnung etwas anderes bestimmt ist [...] die Rechte und Pflichten eines ungarischen Staatsbürgers hat".

Die Rechte der Begünstigten des vorübergehenden Schutzes wurden enger definiert. Artikel 20 Absatz (1) des Asylgesetzes sah vor, dass Begünstigte des vorübergehenden Schutzes Anspruch auf Unterkunft und Pflege (einschließlich medizinischer Sachleistungen) gemäß den Bestimmungen des Gesetzes und der Umsetzungsverordnung haben sollten.[17] Das Gesetz sah zwei Möglichkeiten für den Zugang zur Gesundheitsversorgung vor: a) die Asylbehörde konnte mit der Krankenversicherung eine Vereinbarung treffen, um die Gesundheitsversorgung der Person sicherzustellen oder b) Begünstigte, für die keine Vereinbarung getroffen wurde, hatten automatischen Anspruch auf unentgeltliche Gesundheitsleistungen, die durch Regierungsverordnung 25/1998. (II. 18.) festgelegt wurden.[18]

[16] Klenner, A modern menekültügyi rendszer létrehozása és fejlődése a rendszerváltoztatás időszakában Magyarországon, 56.
[17] Regierungsverordnung 25/1998. (II. 18.) über die Leistungen und Schutz für Personen die unter den persönlichen Geltungsbereich des Asylgesetzes CXXXIX vom 1997 fallen.
[18] Asylgesetz CXXXIX von 1997, 48. §.

Aufgrund der Umsetzungsverordnung haben Begünstigte auf die folgenden Leistungen Anspruch:

– Untersuchungen und medizinische Behandlungen, die zur medizinischen Grundversorgung gehören;

– Untersuchungen und medizinische Behandlungen im Rahmen der ambulanten fachärztlichen Versorgung bei dringendem Bedarf – einschließlich zahnärztlicher Notfallversorgung – sowie während der Versorgung verwendete Medikamente und Verbandmittel;

– bei dringendem Bedarf in Anspruch genommene stationäre Krankenhausversorgung und dortige ärztliche Behandlung nach ärztlicher Verordnung – einschließlich chirurgischer Eingriffe und der dabei eingesetzten implantierten Geräte – sowie der ärztlichen Versorgung und der für die medizinische Behandlung erforderlichen Arznei-, Verband- und Verpflegungsleistungen;

– nach der oben genannten Notfallversorgung, nach ambulanter fachärztlicher oder stationärer Krankenhausbehandlung, zur Genesung notwendige Untersuchungen und ärztliche Behandlungen (bis zur Stabilisierung des Zustandes) und Medikamente;

– Schwangerschaftspflege und Mutterschaftspflege;

– Medikamente, die mit 90-prozentiger oder 100-prozentiger Sozialversicherungsbeteiligung bestellt werden können;

– medizinische Hilfsmittel in medizinisch begründeten Fällen und im erforderlichen Umfang;

– Krankentransport, wenn der Transport aufgrund des Gesundheitszustandes nicht anders zu lösen ist;

– obligatorische altersbedingte Impfungen.[19]

Das neue Gesetz und die Umsetzungsverordnung brachen mit der vorherigen Regelung, die volle Leistungen für alle vorsah und schränkten das Spektrum der unentgeltlich verfügbaren Leistungen für Begünstigte des vorübergehenden Schutzes und Antragsteller ein. Sie wurden überwiegend zur Notversorgung berechtigt, es sollte jedoch betont werden, dass sich die Ansprüche nicht ausschließlich auf Notfallleistungen beschränkten. Die für die Begünstigten des vorübergehenden Schutzes und Antragsteller zur Verfügung stehenden Leistungen deckten den Prozess bis zur Stabilisierung des Zustands ab, darunter das Recht auf Medikamente, medizinische Hilfsmittel und als eigenen Bereich: Schwangerschaftspflege und Impfungen.

Das zweite Asylgesetz, das auch jetzt noch in Kraft ist, Gesetz LXXX vom 2007, hat diese Regelung voll beibehalten.[20] Die Leistungen erfolgen durch die Institutionen der Sozialversicherung (Grundversorgungs- und Fachversorgungssystem), die Kosten

[19] Regierungsverordnung 25/1998. (II. 18.) 11–13. §.

[20] Asylgesetz LXXX von 2007, 32. §, Regierungsverordnung 301/2007. (XI. 9.) über die Umsetzung des Asylgesetzes LXXX von 2007, 26–28. §.

werden jedoch nicht von der Sozialversicherung, sondern vom Asylbereich erstattet. Artikel 32 Absatz (2) des Gesetzes regelt den Anspruchsrahmen für diese Leistungen. „Der Begünstigte hat – im Bedarfsfall – Anspruch auf finanziellen Unterstützung sowie auf die in gesonderten Rechtsvorschriften festgelegte Betreuung und Leistungen." Die Inanspruchnahme der Pflege ist für sie nicht zwangsläufig kostenlos. Die Hauptregel lautet, dass sie die Leistungen nur dann kostenlos empfangen können, wenn die Betroffenen nicht über die finanziellen Mittelverfügen. Das Vorliegen der finanziellen Mittel wird von der Asylbehörde während der gesamten Verfahrensdauer des Asylbewerbers von Amts wegen geprüft.

Das Gesetz erlaubt, dass Flüchtlinge und Begünstigte des vorübergehenden Schutzes ohne besondere Erlaubnis arbeiten dürfen. Das ist wichtig, weil die Beschäftigung immer unmittelbar das sozialversicherungsrechtliche Rechtsverhältnis einschließlich des Zugangs zu Gesundheitsleistungen regelt.[21] Durch die Erwerbstätigkeit kommt das Versicherungsverhältnis zustande und die betroffene Person erwirbt durch Beitragszahlungen Anspruch auf dieselben Leistungen wie ungarische Staatsbürger.[22]

3. Die dritte Phase

Die russische Operation, die am 24. Februar 2022 gestartet wurde, zwang Millionen von Ukrainern, ihr Land zu verlassen und vor den Kämpfen zu fliehen. Hunderttausende kamen auch in Ungarn an. Weil die Asylregelung auch eine Reihe von EU-Kompetenzen betrifft,[23] musste auch die Europäische Union schnell auf die Situation reagieren. Am 4. März 2022 erließ der Rat der EU den Durchführungsbeschluss 2022/382 zur Feststellung eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine gemäß Artikel 5 der Richtlinie 2001/55/EG.[24] Dies aktivierte den zuvor erwähnten Schutzmechanismus. Wie oben ausgeführt wurde, verpflichtet Artikel 13 Absatz (2) der Richtlinie

[21] Gy. Berke, E. Kajtár und Z. Bankó, *Bevezetés a társadalombiztosítási jogba,* (JPTE Állam- és Jogtudományi Kar, Pécs, 2006); J. Hajdú und Á. O. Homicskó (eds): *Bevezetés a társadalombiztosítási jogba,* (Patrocinium, Budapest, 2018); I. Hoffman und É. Gellérné Lukács, *Bevezetés a társadalombiztosítási és a szociális jogba,* (ELTE Eötvös, Budapest, 2020); K. Gergely und Z. Kiss, *Kommentár a társadalombiztosításról szóló törvényhez,* (Wolters Kluwer, Budapest, 2020).

[22] J. Tóth, Az egészségügyi ellátáshoz való hozzáférés nehézségei és a nemzetközi védelemre szorulók, in A. Kováts und B. Soltész, *Valahol otthon lenni,* (Menedék Egyesület, Budapest, 2022) 277.

[23] Zum EU-Hintergrund und zur Bewertung der Asylregeln vgl. L. Gyeney und T. Molnár, *Migrációs és menekültpolitika,* (PPKE Jog- és Államtudományi Kar, Budapest, 2018) 49.; Á. Töttős, Migration Related Issues Regarding Brexit: From Free Movement to Asylum und Illegal Migration, (2019) (1) *ELTE Law Journal,* 75–98.; Z. Hautzinger, J. Hegedüs und Z. Klenner, *A migráció elmélete,* (Nemzeti Közszolgálati Egyetem, Rendészettudományi Kar, Budapest, 2014).

[24] Durchführungsbeschluss (EU) 2022/382 des Rates vom 4. März 2022 zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine im Sinne des Artikels 5 der Richtlinie 2001/55/EG und zur Einführung eines vorübergehenden Schutzes (OJ L 71, 4.3.2022, p. 1–6).

2001/55/EG die Mitgliedstaaten zur Bereitstellung einer Gesundheitsversorgung, die zumindest die Notfallversorgung und die Grundbehandlung von Krankheiten umfassen muss. Ungarn hat den Durchführungsbeschluss des Rates am 7. März 2022 mit Regierungsverordnung 86/2022. (III. 7.) und mit weiteren Ministerialdekreten[25] umgesetzt.

Gemäß Artikel 1 der Regierungsverordnung 86/2022. (III. 7.) hat Ungarn alle ukrainischen Staatsbürger mit Wohnsitz in der Ukraine vor dem 24. Februar 2022 als Begünstigte des vorübergehenden Schutzes anerkannt. Laut Artikel 6 Absatz (2) a) haben diese Personen einen Anspruch auf denselben Schutz wie Begünstigte des vorübergehenden Schutzes im Sinne des 2007 Asylgesetzes. Eine Vorzugsregel wurde für sie eingeführt: Sie können die Leistungen immer kostenlos erhalten, das Vorliegen etwaiger finanzieller Mittelwird nicht geprüft.[26]

Weiter sind sie auch berechtigt, laut Artikel 6 Absatz (2)b), zusätzlich zu den gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen weitere Leistungen zu erhalten: Untersuchung und ärztliche Behandlung im Rahmen der fachärztlichen onkologischen Versorgung und sonstiger chronischer Krankenversorgung, sowie bestimmte Leistungen der Sozialversicherung zum Zweck der Besserung oder Erhaltung des Zustandes oder Schmerzlinderung im Rahmen der fachärztlichen onkologischen Versorgung und sonstiger chronischer Patientenversorgung, sowie Kostenzuschuss zu den benötigten Arzneimitteln. In diesen Fällen ist nicht die dringende Notwendigkeit ausschlaggebend, sondern das Vorliegen einer bestehenden chronischen Erkrankung, bei der das Nichtbehandeln zu erheblichen Schmerzen oder sogar zu einem lebensbedrohlichen Zustand führen kann.

Leistungen, die nicht in den Geltungsbereich des Asylgesetzes oder der Regierungsverordnung fallen sind nicht kostenlos, also muss der Patient zahlen. Wenn also beispielsweise ein ukrainischer Flüchtling eine Blutuntersuchung oder eine Magenspiegelung durchführen lassen möchte und keine besondere Dringlichkeit besteht, kann der Leistungserbringer die Durchführung von einer Kostenübernahme abhängig machen.[27] EMMI-Verordnung 28/2020. (VIII. 19.) über die Gesundheitsfürsorge von Personen in Ungarn, die keinen Anspruch auf Gesundheitsfürsorge im Rahmen der Sozialversicherung haben, muss auf die Rechte von diesen Personen angewendet werden.

Es ist sehr wichtig zu erwähnen, dass die Regierungsverordnung auch für in der Ukraine lebende ungarische Staatsbürger gilt, die fliehen und aufgrund ihrer ungarischen Staatsbürgerschaft sowieso keine Leistungen erhalten. Viele Menschen nutzten

[25] Der zuständige Gesundheitsminister erließ drei Einzelverfügungen: 8/2022. (III. 9.) EMMI Einzelverfügung, 9/2022. (III. 11.) EMMI Einzelverfügung und 10/2022. (III. 25.) EMMI Einzelverfügung.
[26] Artikel 5 der Regierungsverordnung 86/2022. (III. 7.).
[27] É. Gellérné Lukács, Az Ukrajnából menekülők egészségügyi ellátása Magyarországon – pillanatkép 2022 márciusában, in A. Koltay und B. Gellér (eds), *Jó kormányzás és büntetőjog*, (Ludovika, Budapest, 2022) 183–200.

die im Jahr 2011 eingeführte bevorzugte Einbürgerungsoption. Im Jahr 2015 erreichte die Zahl der eingebürgerten Transkarpatien-Ungarn fast 900.000, aber nur sehr wenige von ihnen sind tatsächlich nach Ungarn gezogen: nur 61.000 Personen zwischen 2011 und 2015.[28] Der Rest könnte also potenziell Flüchtlinge werden.

V. Zusammenfassung

Die Entwicklung des modernen – tatsächlich etwas über 30 Jahre alten – Regelwerks zum Schutz der Rechte von Flüchtlingen und Begünstigten des vorübergehenden Schutzes in Ungarn, einschließlich des Zugangs zur Gesundheitsversorgung und des rechtlichen Rahmens für Leistungen wurde durch den russisch-ukrainischen Krieg in ein besonderes Licht gerückt. Millionen von Vertriebenen brauchen Unterstützung, die die Schaffung eines rechtlichen Rahmens benötigte.

Wenn man die historische Entwicklung dieser Rechte in Ungarn betrachtet, lassen sich drei grossen Phasen unterscheiden. In der ersten Phase, zwischen 1988–1997, während die verschiedenen Personengruppen unter Berufung auf die damals geltenden Sozialversicherungsvorschriften mit ungarischen Bürgern mit Anspruch auf gesundheitliche Versorgung nahezu gleichgestellt waren. Es gab keine technischen und inhaltlichen Unterschiede zwischen dem Status von Flüchtlingen und Begünstigten des vorübergehenden Schutzes und ihr Zugang zu den Gesundheitsdiensten war im Wesentlichen gleich.

In der zweiten Phase (1997 – Februar 2022) haben sich die rechtlichen Rahmenbedingungen grundlegend geändert, als die Kategorien „Flüchtling" und „Begünstigter des vorübergehenden Schutzes" in der gesetzlichen Regelung begrifflich und inhaltlich zweigeteilt und auch deren Leistungsansprüche präzisiert wurden. Seit 1997 sind Flüchtlinge immer zur Gleichbehandlung berechtigt, Begünstigte des vorübergehenden Schutzes nur dann, wenn sie eine Erwerbstätigkeit ausüben. Die scharfe Trennung der Regelungen zu den beiden Personengruppen ab 1997 liegt darin begründet, dass der Gesetzgeber dem Umstand gerecht werden wollte, dass die Mehrheit der Vertriebenen nur vorübergehend Schutz beantragt, sie ihr Land im Grunde nicht dauerhaft verlassen wollen. Unter Berücksichtigung dieses vorübergehenden Charakters war es daher notwendig, den Umfang ihres Zugangs zur Gesundheitsversorgung festzulegen und ihnen nicht unbegrenzte Rechte zu gewähren. Dieser klar definierte Trennungsansatz wurde im neuen Asylgesetz von 2007 und seiner Umsetzungsverordnung der Regierung beibehalten, ergänzt durch die Tatsache, dass Ungarn als Mitglied der Europäischen Union

[28] J. Tóth, They Only Use the Opportunities Provided by the Law' Chapters from the History of Ukrainian-Hungarian Migration Relations, in P. Minderhoud, S. Mantu und K. Zwaan (eds), *Caught In Between Borders: Citizens, Migrants and Humans, Liber Amicorum in honour of prof. dr. Elspeth Guild,* (Wolf Legal Publishers, Tilburg, 2019) 221–230.

direkt den europäischen Vorgaben entsprechen muss. Die EU-Rechtslage bestimmt eindeutig die Rechte im Hinblick auf die verwendeten Nomenklaturen.

Seit dem Februar 2022 ist die Anzahl der Geflüchteten aus der Ukraine gestiegen und sofortige Maßnahmen der EU und der ungarischen Regierung sind notwendig geworden, um dieser Situation zu begegnen. Am 4. März 2022 erließ der Rat der EU den Durchführungsbeschluss 2022/382 zur Feststellung eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine gemäß Artikel 5 der Richtlinie 2001/55/EG, und die ungarische Regierung hat den Durchführungsbeschluss mit Regierungsverordnung 86/2022. (III. 7.) und mit weiteren Einzelweisungen des für Gesundheit zuständigen Ministers umgesetzt. Das ungarische Recht hat

– die Einreisenden aus der Ukraine ohne gesondertes Verfahren (ohne das reguläre Verfahren zur Beantragung des Asylstatus) als Begünstigte des vorübergehenden Schutzes anerkannt und sich damit von der individualisierten Amtspraxis distanziert, und

– die Prüfung der finanziellen Mittel abgeschafft (die Prüfung, ob die Betroffenen ihre Pflege aus eigenen Mitteln finanzieren, könnten) und

– ihnen zusätzliche Rechte im Vergleich zu den derzeitigen gesetzlichen Bestimmungen in Bezug auf ihren Zugang zur Gesundheitsversorgung eingeräumt.

Sie können auch die onkologische Versorgung und bei anderen chronischen Erkrankungen die notwendigen Untersuchungen und Behandlungen sowie die Rehabilitation, Erhaltung oder Schmerzlinderung im Rahmen der primären Gesundheitsversorgung in Anspruch nehmen.

Dadurch wurde für Ukrainer eine neue (Hybrid) Kategorie zwischen Flüchtlingen und Begünstigten des vorübergehenden Schutzes geschaffen, bei der ein sehr wichtiges Element darin besteht, dass sie Zugang zu einer speziell geregelten Gesundheitsversorgung bekommen, welcher ihnen praktisch kostenlos offensteht. Ihr Zugang beinhaltet zusätzliche Rechte, welche über bloße Notleistungen hinausgehen.

Hoffman, István*

Schutz der Kommunalautonomie durch Normenkontrollverfahren**

Abstract

The constitutional and judicial review of the normative acts plays an important role in the area of municipal autonomy. These procedures have different sides. First of all, the constitutional review procedure of the Constitutional Court is one of the most important instruments for protecting the competences of the municipalities. Secondly, the bodies responsible for the judicial review of municipal regulations can define the framework of municipal autonomy, and they play an important role in protecting local democracy and the transparency and accountability of local government.

Keywords: municipal autonomy, municipal regulations, judicial review, constitutional review, procedural law, procedure of the administrative courts

I. Einführung

Dieser Artikel hat folgenden Aufbau: Zunächst wird das Normenkontrollverfahren (II.) vorgestellt. Dann wird die Rolle des Normenkontrollverfahrens des Verfassungsgerichts (Ungarn) auf der Grundlage der früheren ungarischen Verfassung (III.) analysiert. Danach wird der Paradigmenwechsel des ungarischen Grundgesetzes untersucht (IV.) und die gegenwärtige Praxis des ungarischen Verfassungsgerichts ausgewertet (V). Anschließend wird die Rolle der Kurie bei der richterlichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit von kommunalen Beschlüssen analysiert (VI.). Diese Analyse stützt sich auf die Untersuchung der Praxis der staatlichen Aufsichtsorgane und der Kurie (VII.). Schließlich werden die wichtigsten Ergebnisse zusammengefasst (VIII.).

* Hoffman, István, Prof. Dr. habil., Professor am Lehrstuhl für Verwaltungsrecht der Juristischen Fakultät der Universität ELTE Budapest, wissenschaftlicher Mitarbeiter des Forschungsinstituts für Sozialwissenschaften, Institut für Rechtswissenschaften (Budapest, Ungarn) und außerordentlicher Professor am Lehrstuhl für Internationales Öffentliches Recht der Fakultät für Rechts- und Verwaltungswissenschaften der Universität Marie Curie-Skłodowska (Lublin, Polen).

** Dieser Aufsatz ist die schriftliche Fassung des Vortrags vom 25. Mai 2022, gehalten im Rahmen der Konferenz *Wandels des Rechtstaats: Ein Kaleidoskop verschiedener Rechtsgebiete* in Budapest.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.13.163

II. Die Definition des Normenkontrollverfahrens im ungarischen Rechtssystem

Das Normenkontrollverfahren kann in den europäischen öffentlich-rechtlichen Systemen als ein komplexes Phänomen interpretiert werden. Normative Akte können nicht nur vom Gesetzgeber, sondern auch von den Verwaltungsorganen erlassen werden. Daher kann das Normenkontrollverfahren als Teil der gerichtlichen Kontrolle der Entscheidungen dieser Verwaltungsorgane interpretiert werden, hat aber wegen der verfassungsrechtlichen Kontrolle der Gesetzgebung auch eine andere Ausprägung. Dieser janusköpfige Charakter des Normenkontrollverfahrens lässt sich bei der Analyse dieses Themas beobachten. Da die normativen Akte jedoch hauptsächlich politische Auswirkungen haben, werden diese Verfahren nicht nur von der Rechtswissenschaft, sondern auch von der Politikwissenschaft analysiert und untersucht.[1] Mein Artikel wird sich auf die Analyse des Normenkontrollverfahrens als rechtliches Phänomen konzentrieren: Die Methoden der Rechtswissenschaft werden bei dieser Analyse angewandt. Ursprünglich waren diese Verfahren Teil der gerichtlichen Überprüfung der Tätigkeit der Verwaltungsbehörden, doch führte die Entwicklung der Verfassungsgerichte in Europa zu einer Trennung der Zuständigkeiten. In mehreren europäischen Staaten spiegelt sich diese enge Beziehung zwischen gerichtlicher und verfassungsrechtlicher Überprüfung in der Interpretation des Rechtsstatus der verfassungsrechtlichen Überprüfung wider.[2] So werden in Deutschland die Verfassungskontrolle und das Verfassungsgericht als Teil der Gerichtsbarkeit betrachtet.[3] Das Konzept der Gerichtsbarkeit bietet einen gemeinsamen Rahmen für die Interpretation des Normenkontrollverfahrens, aber auch in Deutschland gibt es unterschiedliche Gesichter dieses Phänomens. In diesem Artikel möchte ich den weiten Begriff des Normenkontrollverfahrens verwenden. Es werden daher alle Aktivitäten der Verwaltungsgerichte und der Verfassungsgerichte analysiert, die auf der rechtlichen und verfassungsrechtlichen Überprüfung von Normativakten beruhen. Ich möchte daher die Rolle des verfassungsrechtlich begründeten Normenkontrollverfahrens der Verfassungsgerichte und des rechtswidrigen Normenkontrollverfahrens der (Verwaltungs-)Gerichte analysieren.

[1] J. Plöhn, Die Gerichtsbarkeit, in O. W. Gabriel und E. Holtmann (Hrsg.), *Handbuch Politisches System der Bundesrepublik Deutschland,* (R. Oldenbourg Verlag, München und Wien, 2005) 325–326.
[2] L-K. Mannefeld, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die europäische Integration,* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2017) 193.
[3] D. C. Umbach und Th. Clemens (Hrsg.), *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch. Band II,* (C. F. Müller, Heidelberg, 2002) 1004–1007.

III. Schutz der Kommunalautonomie in den ungarischen Verfassungsgerichtsentscheidungen zwischen 1989/90 und 2011

Zuerst möchte ich den verfassungsrechtlichen Hintergrund der Kommunalautonomie während des Systemwechsels analysieren (1). Zweitens möchte ich die Regelungen zur Verteidigung der kommunalen Selbstverwaltung untersuchen – insbesondere die Rolle des konzentrierten verfassungsrechtlichen Kontrollsystems (2). Drittens möchte ich den Einfluss der Praxis des ungarischen Verfassungsgerichts auf die Auslegung der Gemeindeautonomie in Ungarn aufzeigen (3).

1. Verfassungsrechtlicher Hintergrund der Kommunalautonomie

Die neue, demokratische Verfassung nach dem Systemwechsel war formell eine allgemeine Änderung der alten Verfassung von 1989. Die Bestimmungen über die territorialen Körperschaften wurden durch diese neue Verfassung nur teilweise geändert: Die lokalen und territorialen Räte wurden demokratisiert, aber ein neues, kommunales System wurde durch diese Änderung nur teilweise eingeführt.[4] Diese Verordnung wurde 1990 vom neu gewählten Parlament überprüft und es wurde eine neue Verordnung über das ungarische Gemeinde- und Komitatssystem erlassen. Das neue System stützte sich auf die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung und hatte einen einheitlichen Charakter. Die kommunale Autonomie wurde als ein inhärentes kollektives Recht der Wähler der kommunalen Einheiten betrachtet. Somit folgte das neue System einem naturrechtlichen Ansatz. Die „Grundrechte" der Gemeinden wurden in Artikel 44/A der Verfassung verankert. Die Grundrechte der Gemeinden wurden durch die Verfassungsbestimmung zwar anerkannt, jedoch konnten diese „kommunalen Grundrechte" durch mit qualifizierter Mehrheit angenommene Gesetze eingeschränkt werden (Artikel 44/C). Dies war anders als bei den Grundrechten der (natürlichen) Personen, denn in Abschnitt 8 wurde festgelegt, dass der Kernbereich dieser Rechte nicht eingeschränkt werden kann. Daher in 1990 ein verfassungsrechtlich gut abgesichertes, liberales und auf lokaler Autonomie basierendes Gemeindesystem eingeführt.[5]

[4] I. Balázs, Legal change, continuity of law and the denial of past – a contribution to the legal theory of the regime change, in V. Lamm (ed.), *Transformation in Hungarian Law 1989–2006: selected studies,* (Akadémiai Kiadó, Budapest, 2007) 85.

[5] M. Nagy, A helyi-területi önkormányzatok és az Alaptörvény, (2017) 10 (4) *Közjogi Szemle,* 16–17.

2. Kommunalautonomieschutz nach 1990

Die Kommunalautonomie wurde durch verschiedene Mechanismen verteidigt. Der Wichtigste war die *actio popularis* für das abstrakte ex-post Normenkontrollverfahren des ungarischen Verfassungsgerichts. Damit konnte jeder gegen diejenige Vorschriften klagen, durch die die Kommunalautonomie verletzt werden könnte. Außerdem wurde durch das Gesetz LXV von 1990 über die lokalen Selbstverwaltungen (im Folgenden: Ötv.) erklärt, dass die Kommunalautonomie vom Verfassungsgerichtshof geschützt wird. Im Zuge des Systemwechsels wurde ein konzentriertes Normenkontrollmodell eingeführt: die normativen Akte wurden vom Verfassungsgerichtshof überprüft. Im Jahr 1991 wurde jedoch die gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsakte reformiert, unabhängige Verwaltungsgerichte wurden nicht eingerichtet, und dieses gerichtliche Kontrollsystem konzentrierte sich auf die Kontrolle der einzelnen Verwaltungsakte. Nur die kommunalen Entscheidungen konnten vor den Gerichten eingeklagt werden. Als Teil des konzentrierten Verfassungs- und Rechtsprüfungssystems fiel die Normenkontrolle der kommunalen Verordnungen – als normative Akte – in die Zuständigkeit des Verfassungsgerichts. Daher spielte das Verfassungsgericht – dessen Verfahren von jedermann auf der Grundlage der *actio popularis* eingeleitet werden konnte – eine wichtige Rolle bei der Auslegung der Zuständigkeiten und der wichtigsten demokratischen Funktionen und Rollen des sich entwickelnden kommunalen Systems. (Diese Themen werden im nächsten Unterpunkt behandelt).[6]

3. Praxis des Verfassungsgerichts

Wie ich bereits erwähnt habe, wurde mit der neuen Verfassung eine neue, in Europa einzigartige Grundrechtsregelung eingeführt. Diese Regelung hat einen anderen Ansatz als die große Mehrheit der europäischen Kommunalsysteme. Daher wurde heftig darüber diskutiert, wie diese funktionieren kann.[7] Es bestand ein Spannungsverhältnis zwischen den verfassungsrechtlichen und sektoralen Vorschriften, und der Wandel des sozioökonomischen Systems, insbesondere die Privatisierung des ehemaligen Staatsbesitzes und der Staatsbetriebe, führte zu kontroversen Situationen. Daher sollte das Verfassungsgericht über diese Streitigkeiten entscheiden. In erster Linie sollte das Verfassungsgericht eine Entscheidung im Fall der verstaatlichten Schulen treffen, die früher von staatlichen Stellen (hauptsächlich von den Gemeinderäten) unterhalten wurden. Die Gegenstände der geplanten Reprivatisierung waren also vor allem

[6] K. F. Rozsnyai, § 43 Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Ungarn, in K. P. Sommermann und B. Schaffarzik (Hrsg.), *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa,* (Springer, Heidelberg, 2019) 1582–1586., https://doi.org/10.1007/978-3-642-41235-6_43

[7] Nagy, A helyi-területi önkormányzatok és az Alaptörvény, 17–18.

Einrichtungen, die seinerzeit von den Gemeinden unterhalten wurden. In ähnlicher Weise betraf die geplante Privatisierung der ehemaligen Kommunalwohnungen und das Ankaufsrecht der Mieter auch das kommunale Eigentum. Nicht zuletzt war auch die Privatisierung der ehemaligen Kommunalbetriebe ein wichtiges Thema. Zunächst einmal wurden diese Fragen durch Gesetze geregelt. Da die Rechte und Zuständigkeiten der Gemeinden durch diese Parlamentsgesetze beeinträchtigt wurden, wurde die *actio popularis* angewandt, um diese Entscheidungen einzuklagen. Daher hatte der Verfassungsgerichtshof die Aufgabe, die Regelungen für die Gemeinden zu interpretieren. Ich möchte anmerken, dass der Ansatz des Verfassungsgerichts zwischen 1990 und 1999 definitiv ein aktivistischer war. Das Konzept der „unsichtbaren Verfassung" garantierte einen großen Spielraum für die Entscheidungen des Verfassungsgerichts. Daher wurde der Grundrechtsansatz in Bezug auf die kommunale Selbstverwaltung durch die drei wegweisenden Entscheidungen des Verfassungsgerichts, nämlich die Entscheidung 4/1993 (12. Februar), 64/1993. (22. Dezember) und 37/1994 (24. Juni). In diesen Entscheidungen wurde das Konzept der „verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Kompetenzen" aus der Praxis des Bundesverfassungsgerichts angewandt (das vor allem durch die „Rastede"-Entscheidungen des BVerfG abgeleitet wurde).[8] Wie ich bereits erwähnt habe, handelte es sich dabei eigentlich um die Änderung der ungarischen Verfassungsvorschriften, da die ungarische Verfassung die Grundrechte der Gemeinden anerkannte. Das deutsche Grundgesetz hat einen anderen Ansatz, die kommunalen Befugnisse werden als „Zuständigkeiten" und nicht als Grundrechte interpretiert, die durch Gesetze eingeschränkt werden können („im Rahmen der Gesetze"). Die Rezeption des deutschen Konzepts der Gemeindeautonomie war also ein wichtiger Wendepunkt in der ungarischen Selbstverwaltung und kann als eine stille, aber tatsächliche Änderung des Ansatzes des ungarischen öffentlichen Rechts interpretiert werden.[9]

Wie ich bereits erwähnt habe, spielte das Normenkontrollverfahren des ungarischen Verfassungsgerichts eine weitere wichtige Rolle beim Schutz der kommunalen Autonomie. Als Prüfer der Verfassungsmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der kommunalen Erlasse legte es die Rahmenbedingungen der lokalen Demokratie aus. Aufgrund der großen Zahl der kommunalen Verordnungen und der *actio popularis* wurde eine große Anzahl an Entscheidungen erlassen. Ich möchte einige wichtigen Themen hervorheben. Zunächst einmal wurde der allgemeine Rahmen der kommunalen Autonomie, das Konzept der lokalen öffentlichen Angelegenheiten, vom ungarischen Verfassungsgericht ausgelegt. Es wurde festgestellt, dass die nationalen öffentlichen Angelegenheiten nicht als lokale Aufgaben interpretiert werden können, so dass zum Beispiel die

[8] I. Hoffman, 37/1994. (VI. 24.) AB határozat – önkormányzati tulajdon, in F. Gárdos-Orosz und K. Zakariás (Hrsg.), *Az alkotmánybírósági gyakorlat: Az Alkotmánybíróság 100 elvi jelentőségű határozata – 1. kötet,* (HVG-Orac, Budapest, 2021) 337–340.

[9] M. Nagy und I. Hoffman (Hrsg.), *A Magyarország helyi önkormányzatairól szóló törvény magyarázata,* (HVG-Orac, Budapest, 2016) 33–38.

lokalen Dekrete, die kommunale Polizeibehörden einrichteten, aufgehoben wurden. In ähnlicher Weise wurden die demokratischen Funktionen der kommunalen Kollegialorgane vom Verfassungsgericht erläutert, insbesondere die Beschlussfähigkeit, die Notwendigkeit einer Präsenzsitzung, die Transparenz der lokalen Entscheidungsfindung und die Rolle des Bürgermeisters (der Bürgermeisterin) als Vorsitzender des lokalen Gremiums.[10]

IV. Die Umwandlung des verfassungsrechtlichen Ansatzes zur kommunalen Selbstverwaltung

Der Ansatz der lokalen Autonomie wurde durch das Grundgesetz von Ungarn erheblich verändert. Diese Transformationen können als Paradigmenwechsel der kommunalen Selbstverwaltung in Ungarn interpretiert werden. Zunächst wurde der grundrechtliche Ansatz der Gemeindeautonomie durch die neue Verfassungsregelung verworfen. Das neue ungarische Grundgesetz adaptierte das Konzept des deutschen Grundgesetzes über „verfassungsrechtlich geschützte Befugnisse" der Gemeinden (auf der Grundlage von Art. 28 Abs. 2 GG). Diese Änderung hatte erhebliche Auswirkungen auf den (verfassungs-)rechtlichen Schutz der Gemeindeautonomie. Die *actio popularis* der abstrakten Ex-post-Normenkontrolle wurde aufgegeben und die „echte" Verfassungsbeschwerde (nach deutschem Muster) eingeführt. Ich möchte zeigen, dass diese Änderung die Rolle des Verfassungsgerichts im Bereich des Schutzes der Gemeindeautonomie einschränkte. Weiter wurde der Verfassungsschutz des Gemeinschaftseigentums durch Artikel 36 des ungarischen Grundgesetzes aufgehoben. Die weitgehende Verstaatlichung der ehemals kommunalen Aufgaben und Einrichtungen wurde der Zentralregierung gestattet.[11] Hervorzuheben ist, dass das ehemals konzentrierte Normenkontrollsystem geändert wurde. Die verfassungsrechtliche Kontrolle der kommunalen Erlasse verblieb jedoch in der Zuständigkeit des Verfassungsgerichts, die Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser Erlasse ist in die Zuständigkeit der Kurie (des obersten Gerichts Ungarns) übergegangen, somit wurden diese Normenkontrollkompetenzen Teil der Gerichtsbarkeit.[12] Anzumerken ist, dass es den Einzelnen nicht gestattet war, die Rechtmäßigkeit der Kommunalverordnungen direkt einzuklagen, im Gegensatz zu den meisten europäischen Staaten (und auch den deutschen Bundesländern). (Nach dem Gesetz CLXI von 2011 über die Gerichtsverwaltung können diese Verfahren von den Aufsichtsbehörden, also den Komitatsregierungsämtern, dem Prozessrichter oder dem Ombudsmann eingeleitet werden.)

[10] Ibid., 26–28.
[11] Nagy, A helyi-területi önkormányzatok és az Alaptörvény, 20–22.
[12] K. F. Rozsnyai, A közigazgatási perjog emancipációja: a közigazgatási perrendtartás, (2017) 72 (5) *Jogtudományi Közlöny,* 237–240.

V. Die Praxis des Verfassungsgerichts nach 2012

Wie ich bereits erwähnt habe, hat sich das regulatorische Umfeld des Normenkontrollverfahrens erheblich verändert. Durch die Beendigung der *actio popularis* und die Einführung der Verfassungsbeschwerde wurde die Möglichkeit ein Normenkontrollverfahren gegen ein Gesetz einzuleiten, das (sogar verfassungswidrig) die kommunalen Befugnisse einschränkte, äußerst schwierig. Die Kommunen hätten kein Recht, ein solches Verfahren einzuleiten und sie könnten keine Verfassungsbeschwerde einleiten, weil sie nur „verfassungsrechtlich geschützte Befugnisse" und keine „Grundrechte" hätten und die Verfassungsbeschwerde stütze sich nun mal auf die Verletzung von Grundrechten. Daher wurden die Initiativen der Kommunen größtenteils abgewiesen, weil diese keine Legitimation hatten, das Verfahren einzuleiten.[13] Dieser restriktive Ansatz des Verfassungsgerichtshofs änderte sich jedoch nach 2016 und in 2019 wurde die Legitimität aufgrund des Verfassungsschutzes der Gemeindeautonomie vom Verfassungsgerichtshof anerkannt.[14] Auch die gesetzliche Regelung wurde 2019/2020 umgestaltet: Die staatlichen Organe können eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren oder wegen Verletzung ihrer Befugnisse einleiten. Daher haben die Kommunen das Verfassungsbeschwerderecht auf der Grundlage des Schutzes ihrer Zuständigkeiten, allerdings ist die Regelung nicht so dogmatisch eindeutig wie die Kommunalverfassungsbeschwerde im deutschen öffentlichen Recht. Auf der Grundlage dieser neuen Regelung können die Kommunen die Gesetze überprüfen lassen, durch die ihre Befugnisse eingeschränkt werden. Die Stadtgemeinde Göd hat daher eine Verfassungsbeschwerde gegen die Verordnung eingeleitet, mit der auf dem Gebiet der Stadt Göd eine Sonderwirtschaftszone eingerichtet und das Gemeindeeigentum der Sonderwirtschaftszone auf das Komitat (Kreis) Pest übertragen wurde. Die Beschwerde wurde jedoch tatsächlich abgewiesen, es wurde eine verfassungsrechtliche Forderung gestellt. Diese verfassungsrechtliche Vorgabe basiert auf der „Rastede"-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Die Beschränkung der Beschränkung der Befugnisse der kommunalen Selbstverwaltung ist der Schutz der Kernbereiche der kommunalen Selbstverwaltung.[15]

VI. Normenkontrollverfahren der Kurie

Wie ich bereits erwähnt habe, ist die Rechtmäßigkeitskontrolle der Gemeindeverordnungen nach 2012 in die Zuständigkeit der Kurie übergegangen. Zunächst ist die Unterscheidung zwischen Rechtmäßigkeits- und Verfassungsmäßigkeitskontrolle festzuhalten.

[13] z. B. Verfügung des Verfassungsgerichts Nr. 3105/2014 (17. April) zur Umwandlung des Rechtsstatus von Margitsziget.
[14] Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs Nr. 3311/2019 (21. November).
[15] Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs Nr. 8/2021 (2. März).

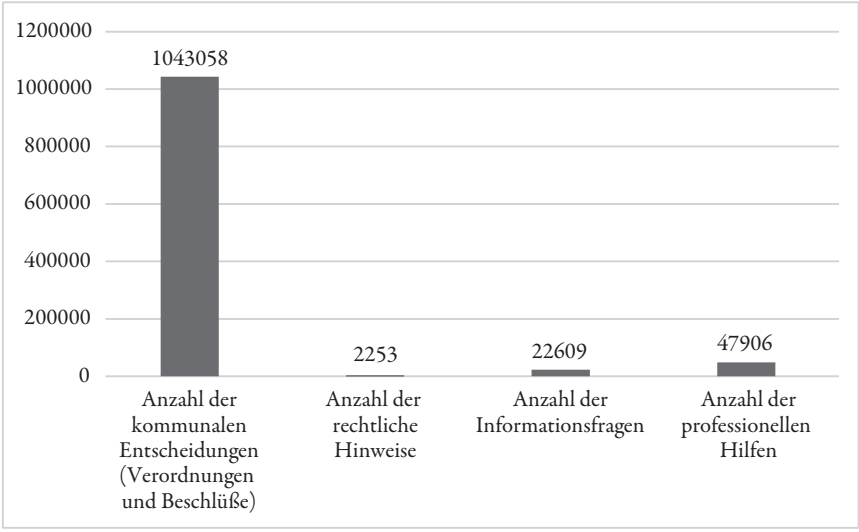
Die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs besagten, dass die Kurie grundsätzlich zuständig ist, wenn durch ein Dekret nicht ausschließlich gegen die Vorschriften des Grundgesetzes verstoßen wird, sondern auch gegen andere Gesetze oder Dekrete. Die Ausnahme von dieser allgemeinen Regel besteht darin, dass das Verfassungsgericht zuständig sein könnte, wenn die Grundrechte der Personen durch den Gemeindeerlass schwer verletzt werden.[16] Das Verfahren der Kurie wurde ursprünglich durch das Gesetz über die Gerichtsverwaltung geregelt. Im Rahmen der Kodifizierung der ungarischen Verwaltungsgerichtsordnung (nachfolgend Kp.) wurden diese Vorschriften in die Kp. aufgenommen. Der Entwurf der Kp. ließ jedoch ursprünglich die Individualklagen gegen Gemeindeerlasse zu, doch wurde dieser Vorschlag vom Landtag nicht angenommen. Hervorzuheben ist, dass das erweiterte staatliche Aufsichtssystem zu neuen Verfahren geführt hat: Die Bezirksregierungen können Verfahren wegen Unterlassens des Erlasses von Verordnungen einleiten. Da die Komitatsgerichte (ähnlich zu den Landesgerichten) grundsätzlich für die gerichtliche Überprüfung der kommunalen Beschlüsse zuständig sind, wurde umstritten, welches Gericht für die Überprüfung der normativen Beschlüsse der kommunalen Organe zuständig ist. Die Kp. wurde geändert und seit 2018 ist die Kurie zuständig (allerdings gab es bisher nur einen Fall, in dem ein normativer Beschluss nicht zustande kam). Daher spielt die Kurie eine wichtige Rolle im Normenkontrollverfahren. Daher ist die Kurie das wichtigste Organ, dessen Verfahren die Gemeindeautonomie beeinflussen kann, da die Hauptkompetenzen bei diesem Gericht liegen. Dies ist das Recht in Büchern, aber es ist interessant, das Recht in der Praxis zu untersuchen.[17]

VII. Staatsaufsicht und Normenkontrollverfahren in der Praxis

Es sollte betont werden, dass der Mötv., der Ansatz der staatlichen Aufsicht, durch das Gesetz CLXXXXIX von 2011 über die kommunalen Selbstverwaltungen Ungarns (im Folgenden Mötv.) geändert wurde. In Anlehnung an die Dogmatik und Terminologie von Prof. Kahl wurde ein Konzept einer kooperativen und adjuvanten Staatsaufsicht eingeführt.[18] Auch das Drei-Phasen-Aufsichtskonzept wurde vom Mötv. angewandt. Es gilt also das Opportunitätsprinzip. Hervorzuheben ist, dass die Zahl der Supervisionstätigkeiten relativ begrenzt ist und die dominierende Supervisionsform die professionelle Hilfe für die kommunalen Stellen ist. Die Zahl der Rechtmäßigkeitsbemerkungen (rechtliche Hinweise), die die Vorstufe des Gerichtsverfahrens darstellen, ist sehr begrenzt. (Siehe Abbildung.)

[16] Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs Nr. 7/2017 (18. April).
[17] I. Hoffman und K. F. Rozsnyai, The Supervision of Self-Government Bodies' Regulation in Hungary, (2015) 13 (3) *Lex Localis: Journal of Self-Government,* 489–492., https://doi.org/10.4335/13.3.485-502(2015)
[18] W. Kahl, *Die Staatsaufsicht,* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2000) 540–567.

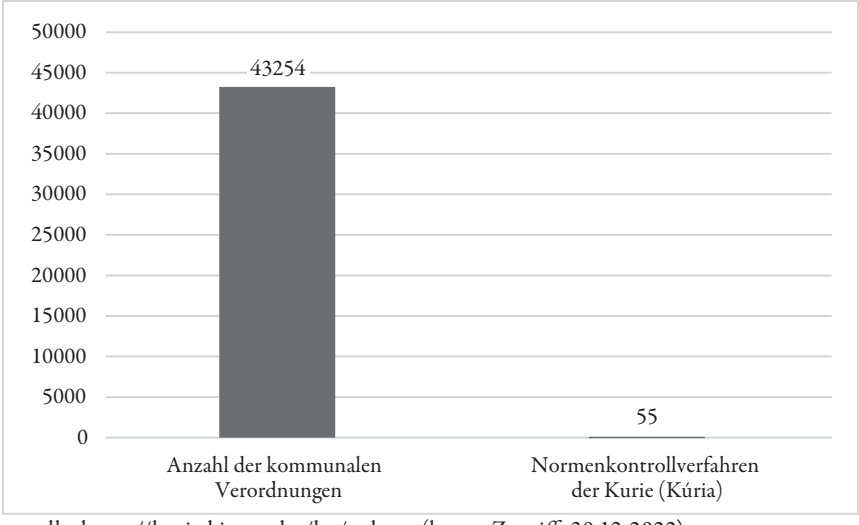
Abbildung 1. Staatsaufsicht in Ungarn (2021)



Datenquelle: OSAP

Der überwiegende Teil dieser Hinweise wird von den kommunalen Gremien akzeptiert. Wie gesagt, es gilt das Opportunitätsprinzip. Daher werden die Initiativen der Aufsichtsbehörden nur sehr begrenzt genutzt und daher gibt es nur wenige Normenkontrollverfahren der Kurie.

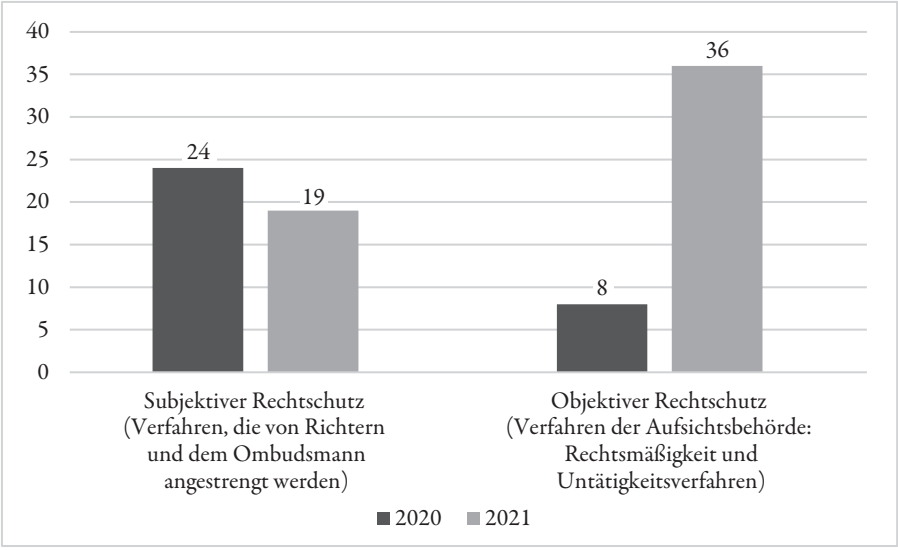
Abbildung 2. Kommunalverordnungen und Normenkontrollverfahren in 2021



Datenquelle: https://kuria-birosag.hu/hu/onkugy (letzter Zugriff: 30.12.2022)

Wie ich bereits erwähnt habe, ist eine individuelle Legalitätsbeschwerde gegen kommunale Vorschriften nicht zulässig, aber die Prozessrichter haben das Recht, Normenkontrollverfahren einzuleiten. Daher können die von Prozessrichtern eingeleiteten Beschwerden ein wichtiges Element des Schutzes subjektiver Rechte sein. Es gibt jedoch eine erhebliche Anzahl lokaler Vorschriften und nur wenige Verfahren, die von Richtern eingeleitet wurden. Betrachtet man diese Verfahren, so lässt sich feststellen, dass die Richter eine ebenso wichtige Instanz wie die Aufsichtsbehörden sind, manchmal sogar eine noch wichtigere (im Jahr 2021 wurden die meisten Verfahren der Komitatsregierungsämter von einem einzigen Komitatsregierungsamt eingeleitet, von Komitat Pest).

Abbildung 3. Kommunalnormenkontrollverfahren in 2020 und 2021



Datenquelle: OSAP

Wenn wir uns die Fälle der Kurie ansehen, stellen wir fest, dass sie dem Muster des Verfassungsgerichtshofs folgen. Mehrere frühere Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs wurden erneut bestätigt, so etwa das Erfordernis der Anwesenheit bei Ratssitzungen,[19] oder die Beschränkungen der fakultativen kommunalen Zuständigkeiten aufgrund des Konzepts der Kommunalpolitik.[20] Allerdings gab es auch überraschende Entscheidungen: So hob die Kurie beispielsweise eine Satzung auf, die die Modalitäten

[19] Entscheidung der Kurie Köf.5.003/2012/9.
[20] Entscheidung der Kurie Köf.5.051/2012/6.

für das Abhalten von Festreden durch Gemeindebeamte regelte.[21] Es war dogmatisch überraschend, weil sie diese materiellrechtlichen Akte als Kompetenzen interpretierten.

VIII. Zusammenfassung

Festzuhalten ist, dass die Normenkontrollverfahren im Bereich der Kommunalautonomie eine wichtige Rolle spielen. Diese Verfahren haben unterschiedliche Seiten. Zunächst einmal ist das Normenkontrollverfahren des Verfassungsgerichtshofs eines der wichtigsten Instrumente zum Schutz der Kompetenzen der Kommunen. Zum anderen können die für die Rechtmäßigkeitskontrolle der kommunalen Vorschriften zuständigen Stellen den Rahmen der kommunalen Autonomie definieren und sie spielen eine wichtige Rolle beim Schutz der lokalen Demokratie und der Transparenz und Rechenschaftspflicht der lokalen Verwaltung.

[21] Entscheidung der Kurie Köf.5.033/2020/4.

Mann, Thomas*

Abbau des Rechtsschutzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren?

Abstract

In Germany, there has been a discussion about accelerating administrative court proceedings for years. The new federal government has taken up these developments and in 2022 presented a law to accelerate the energy transition. The article shows that the attempts to shorten the duration of administrative court proceedings inevitably go hand in hand with losses in the effectiveness of legal protection, which is protected under constitutional law in Germany.

Keywords: administrative court process, concentration of jurisdiction, negligence of errors, provisional legal protection, suspensive effect

I. Einführung

Unter der seit Dezember 2021 in Deutschland regierenden „Ampel-Koalition" aus SPD, Grünen und FDP war neben dem Ukraine-Krieg vor allem das Erreichen der Klimaschutzziele durch einen forcierten Ausbau der erneuerbaren Energien eine zentrale Agenda der Politik. In diesem Zusammenhang ist erneut wieder beanstandet worden, dass dieser Ausbau entgegen der selbst gesetzten optimistischen Zeitvorstellungen im Realitätstest nur langsam vorangeht. Betroffen hiervon ist nicht nur die politisch erwünschte Errichtung weiterer Windkraftanlagen, sondern auch der Bau von Energieleitungen, die den regenerativ erzeugten Strom vom deutschen Norden in den bislang vorwiegend durch Atomenergie versorgten Süden der Republik transportieren sollen. Mit dieser Kritik betritt erneut die in Deutschland seit mehr als 20 Jahren altbekannte Beschleunigungsdebatte in lediglich neuem Gewand erneut die Bühne der Politik.

Insbesondere wird bei uns in Wellenbewegungen mit zunehmend kürzeren Amplituden immer wieder eine zu lange Dauer der behördlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren beklagt. Früher ging es um den Bau und die Genehmigung von Industrieanlagen, heute um den Bau und die Genehmigung von Windkraftanlagen. Ausgeblendet bleibt bei dieser Diskussion oftmals, dass die Genehmigungsverfahren

* Mann, Thomas, Prof. Dr. ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht an der Georg-August Universität Göttingen.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.14.175

insbesondere bei Infrastrukturprojekten oder sonstigen Vorhaben aus dem Umweltrecht bereits für sich genommen eine hohe Komplexität aufweisen, die angesichts des Anspruchs auf gerichtliche Vollprüfung auch vom Richter nicht selten ein Eindringen in naturwissenschaftliche oder technische Streitfragen erfordern. Hinzu kommt, dass vielfach – bewusst oder unbewusst – von den politischen Akteuren falsche Signale gesetzt und unrealistische Hoffnungen genährt werden, so etwa, als man bei der Bevölkerung den Eindruck erweckte, als könnten die für die Energiewende benötigten Fernleitungen innerhalb von drei bis fünf Jahren geplant, gebaut und in Betrieb genommen werden. Jedem, der halbwegs mit dem Ablauf und den Eigengesetzlichkeiten von Planungs- und Planfeststellungsverfahren vertraut ist, war von Beginn an klar, dass hier Wunschdenken dominierte und Versprechungen in den blauen Dunst hinein gemacht worden sind.

Inzwischen hat die Politik offenbar auch die Verwaltungsgerichtbarkeit als ein Störfaktor bei der Realisierung von Großvorhaben ausgemacht. Nach mehreren im Fachrecht ansetzenden Beschleunigungsgesetzen hatte der Bundesrat im Juni 2019 einen Gesetzentwurf zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung vorgelegt,[1] der im Vorfeld durch Rechtsgutachten aus der Anwaltschaft vorbereitet worden war.[2] Dieser Entwurf konnte wegen Ablaufs der Wahlperiode allerdings im Bundestag nicht mehr abschließend beraten werden. Die neue Bundesregierung hat nun im April 2022 mit dem sog. „Osterpaket" eine energiepolitische Gesetzesnovelle vorgelegt,[3] deren Ziel der beschleunigte Ausbau erneuerbarer Energien ist. In diesem Gesetz, das vom Bundestag am 7. Juli 2022 beschlossen worden ist,[4] sind verschiedene Maßgaben vorgesehen, die ganz überwiegend im Energierecht ansetzen und dadurch eine Beschleunigungswirkung zu erzielen hoffen. Dahinter steckt die Einsicht, dass die Beschleunigungsmöglichkeiten, die das Verwaltungsprozessrecht bietet, weitgehend ausgereizt sind und nur mäßigen Erfolg gebracht haben, warum das so ist, soll nachfolgend aufgezeigt werden.

[1] BT-Dr. 19/10992.

[2] Ewer, Möglichkeiten zur Beschleunigung verwaltungsgerichtlicher Verfahren über Vorhaben zur Errichtung von Infrastruktureinrichtungen und Industrieanlagen, Gutachten für den Normenkontrollrat (April 2019), abrufbar unter https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/300864/1600406/f0613bfaa6ea13b6a35d756672387d29/2019-04-17-nkr-gutachten-2018-data.pdf?download=1 (letzter Zugriff: 30.12.2022); Reidt/Fellenberg, „Rechtliche Stellungnahme zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren für Gewerbeansiedlungen und Infrastrukturvorhaben" (Dezember 2018), abrufbar unter https://www.ihk-kassel.de/wirtschaftsstandort/standortentwicklung/schwerpunktthema-gemeinsaminfrastrukturbeschleunigen-4352752 (letzter Zugriff: 30.12.2022).

[3] Vgl. den Gesetzentwurf, BT-Dr. 20/1630.

[4] Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor vom 20.7.2022, BGBl. I S. 1237.

II. Erweiterung erstinstanzlicher Zuständigkeit von OVG und BVerwG

Die lange Dauer von Planungs- und Genehmigungsverfahren ist in erster Linie ein Problem des behördlichen Verwaltungsverfahrens und hierbei nicht zuletzt eine Folge der Kaskade der im Fachrecht vorgesehenen Öffentlichkeitsbeteiligungen, die etwa am Beispiel der Errichtung und Änderung von Höchstspannungsnetzen eine sechsfache Öffentlichkeitsbeteiligung vorsieht.[5] Soweit man daneben auch die Dauer anschließender Auseinandersetzungen vor den Verwaltungsgerichten in den Blick nimmt, wird eine Möglichkeit zur Beschleunigung häufig darin gesehen, die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte oder des Bundesverwaltungsgerichts zu erweitern. So sah auch der erwähnte Entwurf des Bundesrates vor, den Katalog des erstinstanzlichen OVG-Zuständigkeiten in § 48 Abs. 1 S. 1 VwGO um weitere Materien zu erweitern.[6] Vor allem aber ist zur Beschleunigung des Ausbaus von Windkraftanlagen Ende 2020 die erstinstanzliche Zuständigkeit für „die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von Anlagen zur Nutzung von Windenergie an Land mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern", auf die Oberverwaltungsgerichte übertragen worden (§ 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 3a VwGO).[7] Ein aktuell diskutierter Referentenentwurf[8] sieht darüber hinaus noch weitere Ausweitungen dieses Zuständigkeitskatalogs vor.

Dieses gegen Ende der Amtszeit der alten Bundesregierung unter Kanzlerin Merkel verabschiedete Änderung realisierte ein im damaligen Koalitionsvertrag vorgesehene politisches Ziel „für ausgewählte Projekte mit überragendem öffentlichem Interesse [...] die Verwaltungsgerichtsverfahren auf eine Instanz beschränken" zu wollen.[9] Aus rechtlicher Sicht eröffnet sich in dieser Frage das Spannungsverhältnis zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, die beide – einerseits in Gestalt der subjektiven Rechtsschutzgarantie und andererseits als Gewährleistung zeitgerechten

[5] Vgl. grundlegend Mann, *VVDStRL,* 72 (2012), 546 (561 ff.); Franzius, *GewArch,* 2012, 225 (229) geht unter Hinzurechnung der Antragskonferenz bei der Bundesfachplanung sogar von sieben Beteiligungsstufen aus.

[6] Vgl. Art. 1 Ziffer 5 des Gesetzentwurfes des Bundesrates, BT-Dr. 19/10992, 7. Zu weitergehenden Plänen, die OVG generell über alle Planfeststellungsverfahren erstinstanzlich entscheiden zu lassen, s. NRW-Justizminister Biesenbach *DRiZ,* 2018, 330 (332).

[7] Vgl. Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Beschleunigung von Investitionen vom 3.12.2020 (BGBl. I S. 2694).

[8] Referentenentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich vom 18.8.2022, abrufbar mit sämtlichen Stellungnahmen aus der Verbändeanhörung unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Beschleunigung_verwaltungsgerichtliche_Verfahren.html (letzter Zugriff: 30.12.2022).

[9] Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode „Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land" (März 2018), 75 – Zeilen 3417 ff.

(effektiven) Rechtsschutzes – in Art. 19 Abs. 4 GG wurzeln.[10] Dieses Spannungsverhältnis ist der Grund, warum dieses Grundrecht grundsätzlich auch kein Recht auf mehrere verwaltungsgerichtliche Instanzen gewährleistet.[11] Die mit der Hochzonung zu den OVG bewirkte Beschränkung des gerichtlichen Verfahrens auf nur eine Tatsacheninstanz verheißt daher durchaus eine Verkürzung der Gesamtlaufzeit der geplanten Vorhaben,[12] in den überwiegend betroffenen Planfeststellungen bereits eine umfassende Tatsachenermittlung durch die Verwaltungsbehörden stattgefunden hat, die – anders als bei „einfachen" Entscheidungen der Verwaltung – eine fehlende Tatsacheninstanz kompensieren könnte.[13]

Auf der anderen Seite vollzieht sich ein systemwidriger Wandel im Zuständigkeitskatalog. Ursprünglicher Sinn der Konzentrierung einzelner Vorhaben bei OVG oder BVerwG war deren überregionale Bedeutung. Insoweit haben sowohl § 48 VwGO als auch der für das BVerwG geltende Zuständigkeitskatalog in § 50 VwGO „Ausnahmecharakter",[14] was der speziellen Funktion dieser oberen Gerichte Rechnung tragen soll. Das für die jüngsten Veränderungen im Zuständigkeitskatalog allein genannte Argument der Komplexität träfe auch noch auf zahlreiche andere Streitgegenstände zu – im Grunde genommen auf alle Vorhabenzulassungen, die einer Pflicht zur Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP-Pflicht) unterliegen.[15] Insoweit ist vor einer „Rückschlagswirkung" zu warnen, denn eine zu großzügige Ausweitung des § 48 VwGO könnte zulasten der dort bereits enthaltenen Streitgegenstände gehen, die bereits als prioritär bedeutende Infrastruktur- und Industrievorhaben identifiziert worden sind.[16]

Ein entscheidendes Element sowohl für die erhoffte Beschleunigungswirkung als auch für den damit verbundenen effektiven Rechtsschutz der Kläger ist aber auch eine flankierende deutliche Aufstockung der Richterstellen bei den OVG. Dass ohne eine solche personelle Verstärkung die in eine Ausweitung des Katalogs des § 48 VwGO gesetzten Beschleunigungserwartungen nicht zu erfüllen sind, hat das Beispiel Nordrhein-Westfalens gezeigt. Vor der erwähnten Gesetzesänderung Ende 2020 waren in NRW sieben Verwaltungsgerichte erstinstanzlich für Klagen gegen die Errichtung von Windenergieanlagen zuständig, danach für alle solchen Verfahren nur noch ein mit drei Richterstellen besetzter Senat beim Oberverwaltungsgericht, der daneben auch noch Zuständigkeiten für andere Sachmaterien besaß. Es liegt auf der Hand, dass eine

[10] BVerfG, Urt. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91, BVerfGE 93, 1 (13); BVerfG, Beschl. v. 24.9.2009 – 1 BvR 1304/09, NZS 2010, 381 (382).
[11] BVerfG, Beschl. v. 24.6.2014 – 1 BvR 2926/13, BVerfGE 136, 382 (392) = *NVwZ,* 2014, 2853 (2856).
[12] Reidt/Fellenberg, Rechtsgutachten (Fn. 2), 49.
[13] So in den Gesetzesberatungen Biesenbach, *BR-PlProt.,* 977, S. 183 f.
[14] Panzer, in Schoch/Schneider/Bier, *VwGO,* (C.H. Beck, München, 2022) § 48 Rn. 2.
[15] Vgl. daher den konsequenten Vorschlag, die erstinstanzliche OVG-Zuständigkeit auf alle Rechtsstreitigkeiten nach dem Umweltrechtsbehelfsgesetz zu erstrecken, Rennert, Verhandlungen des 71. DJT in Essen, 2016, Bd. II/1 – These 13.
[16] Ebenso Ewer, Rechtsgutachten (Fn. 2), 11.

solche personelle Konstellation nicht zur Beschleunigung, sondern zur Verlangsamung der Verfahren beiträgt und damit die Pläne des Bundesgesetzgebers konterkariert. Es hat über ein Jahr gedauert, bis beim OVG Münster ein neuer Fachsenat, der speziell für Windkraftanlagen zuständig ist, eingerichtet werden konnte. Damit ist einerseits eine Spezialisierung der Richterschaft erreicht, die eine Beschleunigungserwartung weckt, doch ist damit nicht das Problem des hohen Geschäftsanfalls ausgeräumt. Sieben Verwaltungsgerichte können parallel durchaus einige Verfahren zum Abschluss bringen, während ein Senat die Verfahren nur konsekutiv abarbeiten kann.[17]

III. Ausserachtlassen behebbarer Mängel im vorläufigen Rechtsschutz

Der aktuell in der Verbändeanhörung befindliche Referentenentwurf[18] will ergänzend zur Zuständigkeitskonzentration in den §§ 48 und 50 VwGO Vorkehrungen treffen, damit auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes Verzögerungen vermieden werden. Er sieht zu diesem Zweck die Einfügung eines § 80c VwGO vor, der bezogen auf bestimmte Verfahren vor dem OVG, etwa auch über die Genehmigung von Windkraftanlagen nach § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 3a VwGO, den Gerichten erlauben will, im Verfahren um die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einen Mangel des Verwaltungsaktes außer Acht zu lassen, „wenn offensichtlich ist, dass dieser in absehbarer Zeit behoben sein wird." Als hiervon betroffene Mängel werden beispielhaft „eine Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften oder ein Mangel bei der Abwägung im Rahmen der Planfeststellung" genannt. Den Antragstellern wird das Recht, eine Aussetzung de Vollziehung zu beantragen, nur gewährt, wenn eine gerichtliche Nachfrist zur Behebung der Mängel erfolglos verstrichen ist.

Diese rechtliche Innovation stellt geradezu das Wesen des vorläufigen Rechtsschutzes nach der VwGO in Frage. In diesem geht es doch gerade darum, das Eintreten vollendeter Tatsachen zu verhindern. Wenn aber nun die genannten Mängel des Verwaltungsakts als Rechtsargumente aus dem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ausgeschlossen werden, führt diese Regelung zu einem Konflikt mit der effektiven Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Darüber hinaus wäre erwägenswert, ob darin nicht ein Widerspruch zu Art. 9 Abs. 4 S. 1 und Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention zu sehen ist. Auf jeden Fall aber steht bereits in praktischer Hinsicht zu bezweifeln, ob die erhoffte Beschleunigungswirkung erzielt werden kann. Gerade, wenn Mängel des VA, wie es der Referentenentwurf vorsieht, „offensichtlich" sind, ließe sich schnell ein Beschluss fassen, der den Antragstellern zu ihrem Recht verhilft. Die dann

[17] Zu weiteren Kritikpunkten s. Mann, *ZRP,* 2020, 20 (21).
[18] Nachweis in Fußnote 8.

erforderliche Nachbesserung würde unter Umständen zu einem neuen Antrag im vorläufigen Rechtsschutz führen, doch ist der Zeitgewinn, der durch die vorgesehenen gerichtliche Fristsetzung zu erreichen ist, nur marginal, zumal das Gericht nach vermeintlicher „Nachbesserung" auch immer in eine zusätzliche Prüfung einsteigen müsste, ob die Behörde seinem Petitum zur Behebung der Mängel auch vollumfänglich nachgekommen ist. Denn nur dann, wenn das der Fall ist, wäre ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ausgeschlossen.

IV. Wegfall aufschiebender Wirkung

Die vorgenannten Erwägungen zeigen zugleich die Grenzen eines anderen schon eingesetzten Beschleunigungsinstruments auf. So ist durch das bereits erwähnte Investitions-Beschleunigungsgesetz von Dezember 2020[19] ein neuer § 63 in das Bundes-Immissionsschutzgesetz eingefügt worden. Er sieht vor, dass „Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die Zulassung einer Windenergieanlage an Land mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern [...] keine aufschiebende Wirkung" haben. Betroffen sind also Klagen gegen die bei den Oberverwaltungsgerichten erstinstanzlich angesiedelten Windkraftanlagen. Solche Rechtsänderungen im Fachrecht, die den Rechtsbehelfen Dritter (Private oder Naturschutzverbände) gegen die Genehmigung solcher Anlagen die aufschiebende Wirkung absprechen, sind zwar über § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO schon seit jeher im Verwaltungsprozessrecht angelegt, führen aber in aller Regel nicht zu einer Verkürzung der gerichtlichen Auseinandersetzung. Denn stattdessen weichen die Kläger nun zusätzlich auf den ihnen verfassungsrechtlich zugesicherten Weg des vorläufigen Rechtsschutzes aus, damit ihren Klagen vom Gericht wegen vorrangiger privater Interessen ausnahmsweise doch eine aufschiebende Wirkung zuerkannt wird. Die auf der einen Seite erzielte Beschleunigungswirkung wird also auf der anderen Seite durch einen Zuwachs an Verfahren begleitet, es entsteht ein durch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG angelegter *circulus vitiosus*.

An dieser Stelle setzt nun § 80 c Abs. 4 VwGO des aktuellen Referentenentwurfs zur VwGO-Änderung[20] an. Er bewirkt eine Verschränkung der VwGO mit der von der aktuellen Bundesregierung durch das „Osterpaket" zum Ausbau erneuerbarer Energien getroffenen Festlegung im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG), dass die Nutzung erneuerbarer Energien im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient (§ 2 Abs. 1 S. 1 EEG). Der Entwurf zur Änderung der VwGO sieht insoweit vor, das Gericht habe „im Rahmen einer Vollzugsfolgenabwägung die Bedeutung von Infrastrukturmaßnahmen besonders zu berücksichtigen, wenn ein Bundesgesetz

[19] Nachweise in Fußnote 7.
[20] Nachweise in Fußnote 8.

feststellt, dass diese im überragenden öffentlichen Interesse liegen." Wenn diese Regelung geltendes Recht werden sollte, wird es für Antragsteller im vorläufigen Rechtsschutz schwieriger werden, ihre Belange bei der nach § 80 Abs. 4 VwGO anzustellenden Interessenabwägung durchzusetzen. Die Zahl der Fälle, in denen Antragsteller sich erfolgreich im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes werden durchsetzen können, dürfte dann deutlich zurückgehen.

Ist dieser geplanten Änderung also einerseits durchaus Beschleunigungspotential zu attestieren, zeichnet sich aber andererseits bereits ein Konflikt mit dem in Art. 20 a GG niedergelegten Staatsziel Umweltschutz ab, sofern es sich um altruistische Verbandsklagen von Umweltverbänden geht. Gerade weil das BVerfG in seiner Klimaschutzentscheidung von März 2021[21] den besonderen Wert von Umwelt- und Klimaschutzbelangen besonders hervorgehoben hat, darf mit Spannung erwartet werden, wie die Verwaltungsgerichte ihre Abwägungsentscheidungen auf dem zwischen verfassungsrechtlich angereichertem Umweltschutz und gesetzlich forcierter Verfahrensbeschleunigung aufgespannten Drahtseil treffen werden. Schon allein, weil ein im einfachen Recht normierter Vorrang nicht auch gegenüber grundrechtlich abgesicherten privaten Interessen sowie öffentlichen Interessen von Verfassungsrang (z.B. Tierschutz in Art. 20a GG) durchgreift, die praktisch in jedem Einzelfall geltend gemacht werden, dürfte auch die insoweit erhoffte Beschleunigungswirkung vielfach verpuffen.

V. Konzentriertes Verfahren

Als ein wesentlicher Verzögerungsfaktor in verwaltungsgerichtlichen Prozessen, in denen es um die Genehmigung industrieller oder infrastruktureller Großvorhaben geht, gelten die schriftsätzlichen Vorträge der Beteiligten. Zusätzlich zur Klagebegründung und -erwiderung wird oftmals mit umfangreichen Schriftsätzen, deren Länge im oberen zweistelligen Bereich liegt, auf das Vorbringen der Gegenseite reagiert oder zu tatbestandlichen Details vorgetragen, die vermeintlich für die Entscheidung von zentraler Bedeutung sind. Dies hat seine Ursache darin, dass das angerufene Gericht den Prozessstoff regelmäßig zunächst einmal nicht vorstrukturiert oder durch gerichtliche Fristsetzungen eingrenzt. An dieser Stelle setzt ein zweiter Reformvorschlag an, der gerade bei komplexen verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Verkürzung bringen soll. Geplant war im Bundesratsentwurf die Einfügung eines neuen § 87c VwGO, mit dem ein sog. konzentriertes Verfahren möglich gemacht werden soll. Dahinter verbirgt sich die Vorstellung, dass das Gericht in einem frühzeitigen Besprechungstermin mit den Beteiligten das weitere Vorgehen in einer Art „Prozessfahrplan" abstimmt und der Vorsitzende oder Berichterstatter daraufhin so früh wie möglich eine „Anordnung

[21] BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., BVerfG E 157, 30 ff. = *NJW,* 2021, 1723 ff.

zum Fortgang des gesamten Verfahrens" (§ 87c Abs. 2 VwGO-E) trifft. Erwartet wird von dieser Neuerung eine Disziplinierungswirkung sowohl auf Seiten des Gerichts (problemkonzentrierte Verfahrensführung) als auch auf Seiten der Beteiligten (kooperativeres Prozessverhalten).[22] Um dies zu erreichen, sollen die Verwaltungsgerichte den Beteiligten mit deren Einverständnis Beibringungs-, Termins- und Entscheidungsfristen setzen dürfen, zu denen sie etwa zu bestimmten rechtlichen Fragen vorzutragen, Tatsachen anzugeben, Beweismittel zu bezeichnen oder gar abschließend zur Klage vorzutragen haben. Wenn diese Fristen mit ausschließender Wirkung gesetzt werden können, dürfte das Gericht verspätetes Vorbringen zurückweisen und ohne weitere Ermittlungen entscheiden können.

Ein Vorteil dieser Lösung für komplexe Zulassungsverfahren liegt auf der Hand: Wenn das Gericht den Prozessstoff frühzeitig vorstrukturiert und die aus seiner Sicht unproblematischen von den entscheidungserheblichen Fragen separiert, kann sich der weitere Vortrag der Beteiligten auf die solchermaßen als wesentlich identifizierten Streitfragen konzentrieren. Die Notwendigkeit, vorsorglich zu allen von der Gegenseite angesprochenen Themen ausführlich zu replizieren, entfällt, die Vorträge könnten lösungsorientiert kanalisiert werden. Auf der anderen Seite ist ein Verwaltungsgericht auch nach bereits geltender Rechtslage nicht daran gehindert, entsprechende verfahrensleitende Anordnungen zu treffen. Das erkennende Gericht kann auf die nach seiner Auffassung entscheidungsrelevanten Rechtsfragen hinweisen und die Beteiligten zu gezieltem Vortrag auffordern.[23] Vor allem eröffnet der bereits 1991 eingefügte § 87b VwGO[24] die Möglichkeit, jeweils unter Fristsetzung den Kläger zum klagebegründenden Vortrag aufzufordern (Abs. 1) und alle Beteiligten aufzugeben, Tatsachen anzugeben, Beweismittel zu bezeichnen oder Urkunden vorzulegen (Abs. 2). Nach Fristablauf vorgetragene Erklärungen und Beweismittel sollen nach § 87b Abs. 3 VwGO zurückgewiesen werden und das Gericht kann dann grundsätzlich ohne weitere Ermittlungen entscheiden. Der aktuell diskutierte Referentenentwurf greift diese Kritik auf und sieht in § 87c Abs. 2 VwGO-Entwurf nur noch einen frühen Erörterungstermin vor. Gleichzeitig soll § 87b VwGO in einem neuen Absatz 4 um eine Möglichkeit ergänzt werden, unentschuldigtes verspätetes Vorbringen zurückzuweisen.[25]

Wirklich neu wäre allein die mit einer Ausschlussfrist verbundene Aufforderung an die Beteiligten, „abschließend zur Klage vorzutragen". Damit wäre zumindest die Unsitte unterbunden, dass an den Tagen unmittelbar vor einer anberaumten mündlichen Verhandlung noch umfangreiche Schriftsätze bei Gericht eingehen, die nicht selten nur die Argumente aus dem bereits bekannten Prozessstoff wiederholen, mitunter aber auch zu Detailfragen überraschend einen neuen Vortrag präsentieren, der

[22] Vgl. die Begründung zu Ziffer 7 des Gesetzentwurfes des Bundesrates, BT-Dr. 19/10992, 17.
[23] Vgl. Beckmann, *DÖV,* 2019, 773 (777).
[24] Die Vorschrift gilt über § 125 Abs. 1 VwGO auch für das Berufungsverfahren.
[25] Referentenentwurf (s. Fn. 8), 4.

dann wieder die Gegenseite zu einem weiten Sprintschriftsatz auf der prozessrechtlichen Zielgeraden veranlasst.

Verfassungsrechtlich wird man jedoch fragen müssen, ob ein solcher prozessualer „Schlussstrich" mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG, § 108 Abs. 2 VwGO) vereinbar ist. Nach meiner Auffassung ist das der Fall, da den Beteiligten durch die Aufforderung ja gerade Gelegenheit gegeben werden soll, sich zu den für die richterliche Überzeugungsbildung relevanten Tatsachen und Beweisergebnissen zu äußern. Es müsste aber sichergestellt werden, dass keine Präklusion eintritt, wenn der betroffene Prozessbeteiligte seine Verspätung nicht zu vertreten hat.[26] Auch die Wahrscheinlichkeit eines verfassungswidrigen Überraschungsurteils wird dadurch geringer, also einer Entscheidung, in der das Gericht einen bis dahin nicht erörterten rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt zur Grundlage seiner Entscheidung macht und damit dem Rechtsstreit eine Wendung gibt, mit der die Beteiligten nach dem bisherigen Verlauf des Verfahrens nicht zu rechnen brauchten.[27]

Ob eine gesetzliche Normierung in § 87c VwGO nun allerdings dazu führen wird, dass die Richter das Instrument häufiger als die bislang bereits nach § 87b VwGO gegebenen Möglichkeiten zur Fristsetzung nutzen werden,[28] ist fraglich. Vor allem ist zu bezweifeln, dass die Ersetzung der einseitigen Regelung durch das Gericht nach § 87b VwGO, deren bisherige Beschleunigungswirkung ohnehin kritisch gesehen wird,[29] durch eine mit den Parteien konsensual abgestimmte Verfahrensverkürzung in der Gerichtspraxis eine Realisierungschance besitzt. Ebenso wie in umfangreicheren Planungs- und Zulassungsverfahren im Atomrecht oder beim Bau von Energieleitungen (Stichwort: Erdverkabelung[30]) sind die Fronten auch beim Bau von neuen Windkrafträdern zwischen den Beteiligten oftmals so verhärtet, dass eine Beschleunigungswirkung durch freiwillige Vortragsbeschränkung nicht zu erwarten ist.[31]

Dementsprechend ist fraglich, ob überhaupt ein rechtspolitisches Bedürfnis für die Einführung einer freiwillig eingegangenen Präklusion besteht. Weil die Beteiligten bei Verfahrensbeginn das Spektrum der möglicherweise relevant werdenden Fragestellungen noch nicht hinreichend abschätzen können, wird die eigentliche

[26] Auf letzteren Gesichtspunkt weist auch Biesenbach, *BR-PlProt.,* 977, 183 hin.

[27] BVerfG, Urt. v. 19.5.1992 – 1 BvR 986/91, BVerfGE 86, 133 (144 f.); BVerwG Beschl. v. 15.5.2008 – 2 B 77/07, *NVwZ,* 2008, 1025 Rn. 20; Beschl. v. 2.3.2010 – 6 B 72/09, *NVwZ,* 2010, 845 Rn. 14.

[28] So die Begründung zu Ziffer 7 des Gesetzentwurfes des Bundesrates, BT-Dr. 19/10992, 17. Entsprechend auch Biesenbach, *BR-PlProt.,* 977, 183.

[29] Geiger, in Eyermann, *VwGO,* (14. Aufl., C.H. Beck, München, 2014) § 87b Rn. 1; Kothe, in Redeker/v. Oertzen, *VwGO,* (17. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2022), § 87b Rn. 2; Beckmann, *DÖV,* 2019, 773 (777); Ortloff/Riese, in Schoch/Schneider/Bier, *VwGO,* (C.H. Beck, München, 2022) § 87b Rn. 47 („keine praktische Bedeutung").

[30] Dazu Mann, *Rechtsfragen der Anordnung von Erdverkabelungsabschnitten bei 380 kV-Pilotvorhaben nach EnLAG* (Nomos, Baden-Baden, 2017); Mann/Kian, *NVwZ,* 2016, 1443 ff.

[31] In diesem Sinne mit empirischem Befund auch Ewer, Rechtsgutachten (Fn. 2), 12.; s. auch Beckmann, *DÖV,* 2019, 773 (777).

Befriedungsfunktion eines Gerichtsverfahrens verfehlt und der beabsichtigte Beschleunigungseffekt wird sich in sein Gegenteil verkehren.[32] Diese Befürchtung stützt sich vor allem darauf, dass mit dem Präkludieren verspäteten Vorbringens weitere „Nebenkriegsschauplätze" entstehen können, in denen dann über das Vorliegen der Zurückweisungsvoraussetzungen gestritten werden kann,[33] wie es in Ansehung des § 87b Abs. 3 VwGO jetzt schon der Fall ist.[34] Eine solche Entwicklung ließe sich auch bei besonders sorgfältigem Agieren des Berichterstatters kaum vermeiden, selbst wenn er zunächst umfangreich den Sach- und Streitstand ermittelt, um darauf abgestimmt seine Verfügung treffen zu können. Auch das bedingt einen erhöhten Arbeitsaufwand, der den gewünschten Beschleunigungseffekt konterkariert und daher auch auf Seiten der Verwaltungsrichter nur wenig Begeisterung für eine solche „Beschleunigungsgesetzgebung" durch Einführung eines konzentrierten Verfahrens wecken dürfte.

Vor allem aber wäre vor einer Realisierung dieser Reformvorhaben zu prüfen, ob die mit dem Ausschluss verspäteten Vorbringens verbundene innerprozessuale Präklusion nicht zu einem Konflikt mit dem verwaltungsprozessualen Untersuchungsgrundsatz[35] führt, der über Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 und die Grundrechte verfassungsrechtlich abgesichert ist.

VI. Fazit

Die vorgestellten Initiativen zur Beschleunigung und Verbesserung verwaltungsgerichtlicher Verfahren führen zwar die Notwendigkeit und Möglichkeit moderater Reformen vor Augen, begegnen aber zugleich der Herausforderung, die gegenläufigen Maximen einer verwaltungsgerichtlichen Vollprüfung und des zeitgerechten Rechtsschutzes zu einem gerechten Ausgleich bringen zu müssen. Die Möglichkeiten hierzu sind begrenzt, eine über jede Kritik erhabene Ideallösung wird sich nicht finden lassen. Viele der Reformvorstellungen verfehlen aber das Ziel, die Dauer verwaltungsgerichtliche Verfahren für Infrastrukturvorhaben, die für die Energiewende bedeutsam sind, weiter zu reduzieren, ohne hierbei die Effektivität des Rechtsschutzes zu beeinträchtigen.

[32] Vgl. die Bedenken in der Begründung zur Ausschussempfehlung, BR-Dr. 113/1/19 (neu) 11.
[33] So auch Ortloff/Riese, in Schoch/Schneider/Bier, *VwGO,* (C.H. Beck, München, 2022), § 87b Rn. 47 unter Verweis auf die diesbezügliche umfangreiche Rechtsprechung zum Zivilprozess.
[34] S. mit ausführlichen Nachweisen aus der Rspr. Baudewin/Großkurth, *NVwZ,* 2018, 1674 ff.
[35] Dazu Schenke, *Verwaltungsprozessrecht,* (17. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2021), Rn. 23 ff.; Hufen, *Verwaltungsprozessrecht,* (12. Aufl., C.H. Beck, München, 2021) § 35 Rn. 21 ff.; Mann/Wahrendorf, *Verwaltungsprozessrecht,* (4. Aufl., Vahlen, München, 2015) Rn. 48.

F. Rozsnyai, Krisztina*

Verwaltungsvereinfachung oder Aushöhlung des Rechts auf gute Verwaltung im Namen des Bürokratieabbaus?

Abstract

The article deals with recent tendencies of simplification in Hungary, which were quite numerous since 2016, from redefining the notion of general rules through the creation of simplified procedures as types of procedure to the omission of the appellate procedure or even the omission of the whole procedure. Through the analysis of these reforms, the article shows what an important set of guarantees administrative procedures present. The reforms turn out to be of different results, some of them enhancing efficiency without sacrificing the guarantees of legality. This is the case with the simplification within the procedure through the creation of a typology of simplified procedures, which contributed to the reduction of the average duration of administrative proceedings without significantly diminishing legal protection. On the contrary, getting rid of procedural rules – either through the reinterpretation of the meaning of generality or through exchanging permission procedures for the simple obligation of notifying the authority – lead to the undermining of the right to good administration. When simplifying, the legislator has to bear in mind that the administrative procedure with its procedural rights and procedural steps in a fixed order are guarantees of the right to good administration, a fair procedure and a sound outcome.

Keywords: debureaucratization, simplification, simplified administrative procedure, effective legal protection, notification, right to good administration

I. Vereinfachung als Haupttriebfeder der Reform des ungarischen allgemeinen Verfahrensrechts

Im Jahr 2014 hat die ungarische Regierung ein umfangreiches Entbürokratisierungsprogramm gestartet, das mehrere Etappen hatte und sowohl die Organisation als auch

* F. Rozsnyai, Krisztina, Professorin, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Juristische Fakultät der Universität ELTE Budapest.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.15.185

die Verfahren der öffentlichen Verwaltung betraf und nicht nur darauf abzielte, den Verwaltungsaufwand für die Bürger und ihre Unternehmen, aber auch für die öffentliche Verwaltung zu verringern und die Probleme des akuten Personalmangels zu mildern. Laut der Begründung des „Entbürokratisierungsgesetzes"[1] sind die Methoden der Entbürokratisierung wie folgt 1) die Vereinfachung der allgemeinen Verfahrensregeln, 2) die Verringerung des Kreises genehmigungspflichtiger Tätigkeiten, 3) die Verkürzung der gesetzlichen Fristen und 4) die Änderung des (materiellen) Rechts (vor allem hinsichtlich der Voraussetzungen der Genehmigung gewisser Tätigkeiten). Im Folgenden werden wir uns auf die Elemente konzentrieren, mit denen versucht wurde, das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht zu vereinfachen.

Dies ist immer ein schwieriges Unterfangen, denn die Vereinfachung von Verfahren kann leicht in den Abbau des Rechtsschutzes münden und es ist sehr leicht, Effizienzgebot und Rechtsschutzauftrag aus dem prekären Gleichgewicht zu bringen. Die Vereinfachung des allgemeinen Verfahrensrechts läuft grundsätzlich leicht dessen Funktion – einen Rahmen für das Verwaltungsverfahren im Allgemeinen zu schaffen und zwar für eine möglichst breite Palette von Fällen – zuwider. Dies ist ein wohlbegründeter Grundsatz in all jenen europäischen Ländern, in denen es ein Gesetzbuch mit den allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrens gibt.[2]

Die Neukodifikation der Regeln des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts war Teil des langen Entbürokratisierungsprozesses,[3] der sowohl einen organisatorischen als auch einen verfahrenstechnischen Aspekt hat. Der Prozess begann mit der Einrichtung der Regierungsämter auf territorialer Ebene, in denen die meisten territorialen Verwaltungsorgane sowohl auf der Mittelebene (in den Komitaten) als auch darunter, auf Kreisebene, zusammengelegt wurden.[4] Zuerst war dies eine Integration bei welcher die einzelnen integrierten Organe ab 2011 bzw. 2013 als Dezernate ihre sachlichen Zuständigkeiten behielten. Im April 2015 schlug die Integration mit dem ersten Entbürokratisierungspaket[5] in eine starke Zentralisierung um, bei der alle Kompetenzen

[1] Gesetz Nr. CLXXXVI von 2015 über die Gesetzesänderungen in Zusammenhang mit der Entbürokratisierung.

[2] Vom ersten österreichischen bis zum neuesten französischen Gesetzbuch. Siehe zu diesem Konzept in den Visegrad-Ländern: L. Potěšil, K. Rozsnyai, J. Olszanowski und M. Horvat, Simplification of Administrative Procedure on the Example of the Czech Republic, Poland, Slovakia, and Hungary (V4 Countries), (2021) 11 (1) *Administrative Sciences,* 9–16., https://doi.org/10.3390/admsci11010009; und in Slowenien: P. Kovač, Debureaucratization Limits in Administrative Procedures Codification: Lessons from Slovenia, (2021) 11 (1) *Administrative Sciences,* 1–8., https://doi.org/10.3390/admsci11010001

[3] Man könnte etwas übertrieben wohl auch von einem „Entbürokratisierungsamoklauf" schreiben...

[4] Gesetz VI von 2015 zur Änderung bestimmter Verwaltungsgesetze, Gesetz VIII von 2015 zur Änderung bestimmter Gesetze im Zusammenhang mit der Umstrukturierung der territorialen staatlichen Verwaltung.

[5] Gesetz CLXXXVI von 2015 zur Änderung der Gesetze zum Abbau der Verwaltungsbürokratie.

auf den beiden territorialen Ebenen auf die Leiter der Regierungs- bzw. Kreisämter[6] übertragen wurden. Es folgten sodann weitere Maßnahmen des Verwaltungsumbaus auf zentraler Ebene, durch welche die Regierungsämter auch sachliche Kompetenzen der aufgelösten Landesbehörden erhielten.[7] Die Verabschiedung des neuen ungarischen Verwaltungsverfahrensgesetzes, der Allgemeinen Verwaltungsverfahrensordnung (ung. VwVfG), und die Anpassung der sektoralen Rechtsvorschriften an dieses Gesetz im Jahr 2017 zogen die Konsequenzen dieser Zentralisierung für das Verfahrensrecht. Eine weitere Etappe dieses Prozesses bildete Ende 2019 das Gesetz CXXVII von 2019 über das eininstanzliche Bezirksamtsverfahren, dessen Anwendungsbereich weit über seinen Titel hinausgeht und auch anderweitige „Vereinfachungen" mit sich brachte. Dieser Prozess gipfelte schließlich in den verfahrenstechnischen Neuerungen, die zur Bewältigung der Coronavirus-Epidemie „wiederentdeckt" und dann auch im Nachhinein beibehalten wurden.[8]

Aus Sicht der verfahrensrechtlichen Regelung können wir in diesem Prozess drei unterschiedliche Ebenen der Vereinfachung sichten, die wir nun näher analysieren möchten. Zum einen bringt die Vereinfachung den Typus des vereinfachten Verfahrens mit sich (2). Zum anderen können wir die Vereinfachung auch als Leitfaden der Kodifikation sehen, welche die Komplexität der allgemeinen Verfahrensregeln konzeptionell anders zu handhaben versucht (3). Schließlich kann angesichts des ganzen Verfahrens auch die Verkürzung oder gar Abschaffung von Verwaltungsverfahren als Vereinfachung angesehen werden (4).

[6] Die Kreisämter sind die Außenstellen der Regierungsämter, in diese eingebundene nicht eigenständige Verwaltungsorgane mit eigenen Zuständigkeiten.

[7] Zu dem Prozess der Auflösung der Landesbehörden und der Übertragung ihrer Befugnisse auf Ministerien bzw. auf die Regierungspräsidien im Jahr 2016 siehe I. Hoffman, J. Fazekas und K. F. Rozsnyai, Concentrating or Centralising Public Services? The Changing Roles of the Hungarian Inter-Municipal Associations in the last Decades, (2016) 14 (3) *Lex Localis: Journal of Local Self-Government,* 451–471., https://doi.org/10.4335/14.3.451-471(2016); und speziell für den Umweltschutz: K. F. Rozsnyai, Aspekte der Umsetzung der EU-Regelungen auf dem Gebiet des Umweltschutzes in Ungarn, in C. Fraenkel-Haeberle, J. Socher und K-P. Sommermann (Hrsg.), *Praxis der Richtlinienumsetzung im Europäischen Verwaltungsverbund: Die Reichweite der Umgestaltung der nationalen Umwelt- und Energieverwaltung,* (Duncker und Humblot, Berlin, 2020, 159–176) 166–167.

[8] Natürlich ist die Verfahrensbeschleunigung auch in Ungarn nichts Neues, aber sie ist bisher nie in so konzentrierter Form aufgetreten. S. Matej Horvat, W. Piątek, L. Potěšil und K. F. Rozsnyai, Public Administration's Adaptation to COVID-19 Pandemic – Czech, Hungarian, Polish and Slovak Experience, (2021) 19 (1) *Central European Public Administration Review,* 133–158., 146., https://doi.org/10.17573/cepar.2021.1.06; or I. Hoffman und I. Balázs, Administrative Law in the Time of Corona(virus) – Resiliency of the Hungarian Administrative Law, (2021) 30 (1) *Studia Iuridica Lublinensia,* 103–119., http://dx.doi.org/10.17951/sil.2021.30.1.103-119

II. Das vereinfachte Verwaltungsverfahren als neue Verfahrensart

1. Das vereinfachte Verwaltungsgerichtsverfahren als Prototyp?

Das Streben nach Vereinfachung ist im Verfahrensrecht – genauso wie im Prozessrecht – natürlich auch präsent. Es kann gewiss als eine „Gegenreaktion" auf die Expansion der Reichweite des Rechts auf ein faires Verfahren gesehen werden, welche darauf abzielt, die vollständige Verwirklichung der Anforderungen des Grundsatzes des fairen Verfahrens zu begrenzen. Die mittelbaren Auswirkungen dieses Rechts auf das Recht auf gute Verwaltung machen dies auch in Verwaltungsverfahren notwendig. Dies ist eine durchaus vernünftige Entscheidung, denn die Verpflichtung innerhalb einer angemessenen Frist zu entscheiden verlangt – ebenfalls als Teilelement sowohl des Rechts auf ein faires Verfahren als auch des Rechts auf gute Verwaltung – so schnell wie möglich zu entscheiden. Es muss also ein Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Elementen des fairen Verfahrens hergestellt werden, was in einfacheren Fällen, welche keine rechtlichen oder faktischen Schwierigkeiten aufweisen, zu einer „Lockerung" der Verfahrensvorschriften führt. Es bedarf einer sorgfältigen Abwägung seitens der Gesetzgebung, da Vereinfachungen den Wesensgehalt eines fairen Verfahrens nicht beeinträchtigen dürfen, gleichwohl sie erforderlich sind, um gewisse Verfahren zu beschleunigen. Um dies zu veranschaulichen, können wir etwaige Vereinfachungen in zivilrechtlichen Streitigkeiten erwähnen. Hier wurde die Verfahrensvereinfachung einerseits – ähnlich der dritten aufgelisteten Ebene – dadurch erreicht, dass bestimmte Streitverfahren von den Gerichten auf die Verwaltung übertragen wurden, wie z.B. gewisse familienrechtliche Streitigkeiten oder in Ungarn zumindest die Grundbuchverfahren. In anderen Fällen wurde das Notariat als zuständig erklärt, wie etwa bei Nachlassstreitigkeiten oder Zahlungsmahnungen. Diese Verfahren haben eine große Entlastungsfunktion für die Gerichtsbarkeit, denn diese Streitigkeiten erreichen somit erst in zweiter Instanz die Gerichte. Natürlich gibt es auch auf der Ebene von Verfahrenstypen Vereinfachungen im Zivilprozessrecht. Ein Beispiel hierfür ist das ungarische Zivilprozesssystem, in dem die „allgemein" zuständige Instanz für zivilrechtliche Rechtsstreitigkeiten die Gerichte der zweiten Ebene sind, während in die Zuständigkeit der Bezirksgerichte, welche auf der untersten Ebene des Gerichtssystems angesiedelt sind, nur „Bagatellverfahren" gehören. Strategisch gesehen ist dies der erste Schritt zur Abschaffung – oder zumindest Zusammenlegung – solcher Gerichte, also zur Vereinfachung der Gerichtsorganisation.

Die Differenzierung von Verfahrenstypen ist auch bei Strafverfahren zu beobachten, die im Allgemeinen mit der Unterscheidung zwischen Vergehen und Verbrechen zusammenhängen. Darüber hinaus gibt es auch Vereinfachungsversuche, die sich

– statt auf den Streitwert – beispielsweise auf das Geständnis des Angeklagten oder seinen Verzicht auf eine Verhandlung stützen, oder – wieder analog zu den Zivilverfahren – etwa die Entlastung der Gerichte auf Verfahren vor dem Staatsanwalt stützen.[9]

Hier müssen wir auf das enge Verhältnis hinweisen, welches zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessen besteht. Dieser engen Verbindung ist zuzurechnen, dass sich der Fairnessgedanke immer mehr auf Verwaltungsverfahren überträgt, was hinsichtlich der typisch schriftlichen Verfahren gar nicht so selbstverständlich ist. Umgekehrt ist es eben wegen der Schriftlichkeit im Prozess viel eher üblich, dass es keine Verhandlung gibt und dies auch in Übereinstimmung mit Artikel 6 der EMRK stehen kann. Dies führt auch zu verschiedenen Verfahrensarten bei Verwaltungsprozessen. Die Parteien in Ungarn können in der Klageschrift oder in der Verteidigungsschrift eine Verhandlung beantragen, wenn sie dies nicht tun, wird das Verfahren schriftlich abgewickelt. Der Richter kann auch ohne einen solchen Antrag von Amts wegen entscheiden, dass eine Verhandlung erforderlich ist, um ein faires Verfahren zu gewährleisten. Dies ist zwingend vorgeschrieben, wenn es neben den Dokumenten noch andere Beweismittel gibt. Eine weitere Vereinfachungsmaßnahme in verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist das sogenannte vereinfachte Verfahren, bei dem die Parteien nicht die Möglichkeit haben eine Verhandlung zu beantragen, sondern nur der Richter darüber entscheiden kann, zu einem Verfahren mit Verhandlung überzugehen. Das Gesetz sieht dieses vereinfachte Verfahren für Streitigkeiten vor, die typischerweise einfacher Natur sind, wie z. B. Streitigkeiten über Eintragungen in ein Register (meist völlig gebundene Verwaltungshandlungen) oder Verfahrensanordnungen. In der Regel handelt es sich hierbei um Verfahren vor einem Einzelrichter und nicht um ein Verfahren vor einem Kollegialorgan.

Natürlich kann auch eine umgekehrte Perspektive vertreten werden, da es nicht nur eine Tendenz zur Vereinfachung, sondern auch eine Tendenz zur Spezialisierung gibt, um Verfahren zu beschleunigen. Die Spezialisierung stützt sich teilweise auf ein System der differenzierten Verteilung von materiellen oder territorialen Zuständigkeiten. Es kann sein, dass der „normale" Verfahrensrahmen beispielsweise den Anforderungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht gerecht wird oder den beteiligten Richtern aufgrund mangelnder Spezialisierung die notwendige Sachkenntnis fehlt, so dass diese Streitigkeiten auf eine höhere Ebene verlagert werden. Dies ist auch der Fall, wenn die Öffentlichkeitsbeteiligung von großer Bedeutung ist, wie bei der Anlage von Flughäfen oder der Ausweisung von Autobahnen. Auch hier ist der Zeitfaktor entscheidend: Wird der Fall im erstinstanzlichen Verfahren von einer höheren Instanz behandelt, gibt es weniger Möglichkeiten für Rechtsbehelfe.

[9] P. Hack, Sacrificing Core Criminal Procedural Principles on the Altar of Efficiency, 2 (2020) *ELTE Law Journal,* 71–82., 77–79.

Die gleichen „Vereinfachungsbemühungen" sind also auch im Verwaltungsverfahrensrecht nach beiden Mustern zu finden. Einerseits ist im Falle von Verwaltungssanktionen oder, noch weiter gefasst, von belastenden Verwaltungsentscheidungen, die in Verfahren von Amts wegen getroffen werden, ein höheres Maß an Garantien erforderlich, was zu besonderen Verfahrensregeln oder sogar Verfahren eigens für diese Art von Entscheidungen führt. In den meisten Fällen werden aber die Garantien allgemein erhöht. Dies führt dann wiederum dazu, dass diese mit Garantien angereicherte Verfahrensart – als allgemeines Verfahren – bald den Ausgangspunkt für eine Art vereinfachtes Verfahren bildet. Die Vereinfachung knüpft dann oft an die Merkmale an, mit denen die Garantien am engsten verbunden sind. Wenn beispielsweise in einem bestimmten Verfahren der Sachverhalt klar ist und keine zu klärenden Tatsachen oder Umstände vorliegen oder es keine Gegenpartei gibt, kann dies eine Vermutung für die Möglichkeit einer schnelleren Bearbeitung des Falles und somit für die Vereinfachung begründen.

2. Das „doppelt dreifache" System der Verfahren

Dies war die Entwicklungslinie im ungarischen Verwaltungsverfahrensrecht, wo das neue Gesetz über die allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrens (ung. VwVfG) von 2016 einerseits zwischen Verfahren auf Antrag und von Amts wegen und andererseits auf der nächsten Ebene zwischen drei Arten von Verfahren auf Antrag unterscheidet: dem vollständigen Verfahren, dem summarischen Verfahren und dem automatischen Verfahren. Das Automatische Verfahren kommt zur Anwendung, wenn a) es durch ein Gesetz oder eine Regierungsverordnung zugelassen ist, b) der Behörde zum Zeitpunkt der Antragstellung alle Daten zur Verfügung stehen, c) die Entscheidungsfindung kein Ermessen bzw. keine Abwägung[10] erfordert und d) es keine Partei mit entgegenstehenden Interessen gibt.

Das summarische Verfahren ist anzuwenden, wenn der Sachverhalt aufgrund des vollständig eingereichten Antrages und seiner Anlagen sowie aufgrund der der Behörde vorliegenden Daten geklärt ist und es keine Partei mit entgegenstehenden Interessen gibt. Daraus ergibt sich auch, dass, wenn die Partei nach Einleitung des Verfahrens unaufgefordert ein neues Beweismittel vorlegt oder einen Beweisantrag stellt, diese Merkmale nicht mehr gegeben sind, so dass dieses Vorbringen als Antrag auf Durchführung eines vollständigen Verfahrens ausgelegt wird und über den Antrag in einem vollständigen Verfahren zu entscheiden ist. Durch diese Vereinfachung wird auch die Möglichkeit eines informellen Rechtsbehelfs geschaffen: Wenn gegen eine in einem vereinfachten (d.h. automatischen oder summarischen) Verfahren getroffene Entscheidung kein Rechtsbehelf möglich ist, kann der Beteiligte innerhalb von fünf Tagen nach

[10] Im Ungarischen wird für diese zwei Institutionen derselbe Begriff verwendet *(mérlegelés)*.

Bekanntgabe der Entscheidung bei der Behörde beantragen, dass diese den Antrag in einem vollständigen Verfahren erneut prüft. So kann dem Fehlen eines Rechtsmittels in einigen Verfahren gut entgegengewirkt werden.

Es obliegt nicht einer Partei das summarische (oder das automatische) Verfahren zu beantragen, sondern die Behörde hat den Antrag zu prüfen und zu entscheiden, ob alle Voraussetzungen für ein summarisches Verfahren gegeben sind oder nicht und dementsprechend in der Sache zu entscheiden. Liegen der Behörde bei Einreichung des Antrags alle erforderlichen Beweismittel vor, muss sie unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von acht Tagen, eine Entscheidung treffen. Die automatische Entscheidungsfindung, bei der Entscheidungen innerhalb von 24 Stunden herbeigeführt werden sollen, ist als eine Sonderform des summarischen Verfahrens anzusehen. Hier ist eine zusätzliche Anforderung zu erfüllen, nämlich dass es keinen Ermessensspielraum gibt, das heißt die Entscheidung ist vollständig gebunden, wie es bei vielen Registersachen der Fall ist.[11]

Etwas komplizierter sind Verfahren, die von Amts wegen eingeleitet werden. Sie stehen in der Regel entweder im Zusammenhang mit Lebensbereichen, in denen Personen ihr Verhalten und ihre Handlungen von sich aus an das gesetzliche Recht anpassen müssen und die Verwaltung eine Überwachung beziehungsweise Kontrolle ausübt, um sicherzustellen, dass dies geschieht, und – wenn nicht – um Fehlverhalten zu sanktionieren. Die Verfahren, die diesen Prüfungen/Kontrollen folgen, können ebenfalls Vereinfachungen unterliegen, die den zuvor beschriebenen Mustern folgen. Diese Möglichkeit hängt auch stark von der technischen Entwicklung und der Art und Weise ab, wie der konkrete Bereich geregelt wird. Ein automatisches Verfahren ist beispielsweise möglich, wenn eine Prüfung ohne menschliches Eingreifen durchgeführt werden kann. Dies ist der Fall, wenn die kontrollierte Person eine Meldepflicht verletzt oder Geschwindigkeitsbegrenzungen überschreitet oder andere Arten von Verstößen begeht. In beiden Fällen ist es möglich einen Bußgeldbescheid automatisch zu erlassen – es sind keine Überlegungen erforderlich und die angeschlossene Datenbank liefert alle notwendigen Informationen, damit das Verfahren automatisch durchgeführt werden kann. Ebenso gibt es Übertretungen, bei denen eine Beratung notwendig ist, aber die Voraussetzungen für eine Entscheidung gegeben sind, so dass eine Entscheidung in der Sache sofort vor Ort getroffen werden kann. Für diese Fälle ermöglicht das ung. VwVfG mit Absatz (6) seines Art. 104 ebenfalls eine automatische Entscheidungsfindung: „Ist die Entscheidung nicht beratungsbedürftig, kann die Behörde auch ein Verfahren von Amts wegen im Rahmen der automatischen Entscheidungsfindung durchführen." Interessant ist, dass es im Gegensatz dazu keine ausdrückliche Regelung

[11] K. F. Rozsnyai und I. Hoffman, New Hungarian Institutions against Administrative Silence: Friends or Foes of the Parties? (2020) 29 (1) *Studia Iuridica Lublinensia,* 109–127., http://dx.doi.org/10.17951/sil.2020.29.1.109-127

über die Anwendung der Regeln des summarischen Verfahrens in Verfahren von Amts wegen gibt. Es gibt jedoch zwei Regeln, anhand derer wir sagen können, dass es auch ein summarisches Verfahren von Amts wegen gibt. Zum einen gibt es eine Vorschrift, die eine große (oder vielleicht eine zu große) Vereinfachung für Verfahren von Amts wegen bringt, die nach der Prüfung der Behörde eingeleitet werden. Art. 104 Abs. 3 ung. VwVfG ermöglicht es, auf die Benachrichtigung der bekannten Partei über die Einleitung des Verfahrens zu verzichten, wenn die Behörde innerhalb von acht Tagen nach Einleitung des Verfahrens eine Entscheidung trifft (oder das Verfahren einstellt), ohne dass weitere Umstände zu definieren sind. Andererseits gibt es in demselben Artikel eine zusätzliche Vorschrift, die drei Bedingungen für eine Entscheidung an Ort und Stelle enthält: 1) die Behörde stellt einen Rechtsverstoß fest, 2) die Bedingungen für eine Entscheidung sind ansonsten erfüllt und 3) die Partei ist anwesend.[12] Vergleicht man diese Vorschrift mit dem bereits erwähnten Absatz 6 über die automatische Entscheidung, so handelt es sich um eine Entscheidung, die eine Beratung erfordert.

Es ist jedoch noch ein dritter Aspekt der Vereinfachung zu erwähnen, der sich wiederum auf Mehrmandantenverfahren (Massenverfahren) bezieht. In diesem Fall bedeutet Vereinfachung, dass besondere Regeln aufgestellt werden müssen, um Verfahrenshandlungen vorzunehmen, die aufgrund der großen Zahl von Mandanten nur schwer oder gar nicht auf die übliche Weise durchgeführt werden können. Von Vereinfachung kann gesprochen werden, weil sie eine vereinfachende Wirkung auf Verfahren haben, die durch die große Anzahl von Beteiligten kompliziert sind, und in jedem Fall eine große Last von den Schultern der Behörde nehmen.[13] Diese Vereinfachungen sind vor allem im Zusammenhang mit dem Baurecht und dem Umweltrecht notwendig, da sie meist mit diesen Bereichen verbunden sind. Interessanterweise hat der ungarische Gesetzgeber diese Art von vereinfachten Verfahren nicht beibehalten, obwohl sie bereits im Gesetzbuch von 2004 – wenn auch nicht als eigenes Kapitel, sondern auf verschiedene Kapitel verteilt – vorhanden waren. Der Wegfall dieser Vorschriften hängt mit dem neuen Konzept der Allgemeinheit zusammen, welches die Kodifizierung des neuen ung. VwVfG kennzeichnet.

[12] Art. 104 Abs. (5) ung. VwVfG.

[13] Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11. Juni 2013 (2013/396/EU) – Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32013H0396 (letzter Zugriff: 30.12.2022).

III. Was macht die Allgemeinheit einer allgemeinen Regel aus?

1. Das Streben nach allgemeinen Regeln als treibende Kraft der Kodifizierung von Verwaltungsverfahrensvorschriften

Vereinfacht kann man sagen, dass das allgemeine Verfahrensrecht gemäß den Grundsätzen der öffentlichen Verwaltung eine doppelte Funktion hat: Einerseits muss es die Rechtmäßigkeit des Funktionierens der öffentlichen Verwaltung sicherstellen, wozu auch die Verwaltungsverfahren gehören, und andererseits muss es die Effizienz gewährleisten, also in der Lage sein, die Verfahren so schnell wie möglich abzuschließen und über die ihm vorgelegten Fälle schnell und wirtschaftlich zu entscheiden, wobei es gleichzeitig eine optimale Entscheidung treffen muss.[14] Das Gleichgewicht zwischen Rechtmäßigkeit und Effizienz ist jedoch sehr wichtig und dieses Gleichgewicht ist heute viel stärker gestört als jemals zuvor. Der vielleicht wichtigste Grund für diesen zweiseitigen Prozess der Entbürokratisierung, der die öffentliche Politik in den letzten zehn Jahren generell geprägt hat, ist, dass die Effizienz zu einem viel wichtigeren Faktor geworden ist als die Rechtmäßigkeit.

Der neue Begriff der „Allgemeinheit", der in allen Verfahren vorkommen kann, hat dazu geführt, dass Rechtsinstrumente, die in einigen, aber nicht allen Gruppen von Verwaltungsfällen innerhalb eines einzigen Regelungsbereichs verwendet werden, einfach ungeregelt blieben.[15] So hat die Umdeutung des Begriffs der Allgemeinheit dazu geführt, dass es fast keine Möglichkeit der Öffentlichkeitsbeteiligung in Verfahren gibt. Beibehalten und weiterentwickelt wurde lediglich die Institution der öffentlichen Bekanntmachung, die auch der Information der Öffentlichkeit dient. Die beiden Rechtsinstrumente der öffentlichen Anhörung und der Mediation sind aus dem allgemeinen Verfahrensrecht herausgenommen worden, ohne dass sie an anderer Stelle allgemein geregelt wären. Hinzuzufügen ist, dass es keinen anderen „Ort" dafür gibt, weshalb die aus dem Europarecht stammende Einführung der öffentlichen Anhörung im ung. VwVfG 2004 erfolgte, da es sich nicht um ein Rechtsinstrument handelt, das durch ein einziges Gesetz und seine Durchführungsverordnungen abgedeckt werden könnte, da es nicht in einem, sondern in mehreren Arten von Verwaltungsverfahren eingesetzt wird. Es ist daher nicht möglich, allgemein mit allgegenwärtig oder gar allgemein mit typisch gleichzusetzen. Aus Gründen der Kodifizierung muss der Begriff des Allgemeinen

[14] Siehe Potěšil et al., Simplification of Administrative Procedure on the Example of the Czech Republic, Poland, Slovakia, and Hungary (V4 Countries), Kap. 3.

[15] Für weitere Einzelheiten siehe B. Hajas, The Retought Administrative Procedural Law in Hungary: Code of General Administrative Procedure, (2018) (1) *Hungarian Yearbook of International Law and European Law,* 501–522., https://doi.org/10.5553/HYIEL/266627012018006001028

auch viel niedriger angesetzt werden, denn Rechtsinstrumente, die einen gewissen Grad an Allgemeinheit erreicht haben, können nicht mehr in sektoralen Rechtsvorschriften in besonderer Weise geregelt werden, da dies gegen die Grundsätze der Gesetzgebung verstoßen würde: Ein Rechtsinstrument muss in einer einzigen Rechtsvorschrift geregelt werden und darf nicht mit ähnlichen oder gleichwertigen Regeln in mehr als einer Rechtsvorschrift geregelt werden. Wir können hinzufügen, dass die einheitliche Regelung im sektoralen Recht nicht möglich ist, da der Geltungsbereich des sektoralen Rechts nicht auf andere Bereiche ausgedehnt werden kann, in denen das betreffende Rechtsinstrument ebenfalls anwendbar wäre. So wurde zwar die Regelung der öffentlichen Anhörung fast wortwörtlich aus dem Gesetzbuch von 2004 in das Gesetz CXVI von 1996 über die Kernenergie übernommen, aber da der Anwendungsbereich dieses Gesetzes nur Verfahren im Zusammenhang mit der Nutzung der Kernenergie umfasst, gilt das Gesetz über die Kernenergie nicht für andere Verfahren, die über diesen Anwendungsbereich hinausgehen und in denen das Gesetz die Verpflichtung zur Durchführung einer öffentlichen Anhörung vorsieht. Die Pflicht zur öffentlichen Anhörung wird also nicht mit Inhalt gefüllt, und es gibt nichts, wofür man in einem möglichen Rechtsstreit zur Verantwortung gezogen werden könnte. Ganz zu schweigen von der Tatsache, dass ein Großteil der Rechtsprechung, die bereits zu den Vorschriften dieses Rechtsinstituts im Rahmen des Gesetzbuchs von 2004 entwickelt wurde, auf diese Weise untergeht, da sie nicht an das sektorale, sondern an das allgemeine Recht gebunden ist.[16] Das Gleiche gilt für die Institution des Mediators und die automatische Parteistellung.

Wohl hat der Gesetzgeber diesen engen Begriff der Allgemeinheit in der ung. VwVfG völlig inkonsequent angewandt, da z.B. die öffentliche Bekanntmachung und der Amtsvertrag, obwohl nicht einmal typisch,[17] darin enthalten sind. Natürlich müssen wir hinzufügen, dass keines der Rechtsinstrumente, die wir vermissen, in sog. Einparteienverfahren verwendet wird, die auf Antrag eingeleitet werden. Damit kommen wir zum zweiten Aspekt des monolithischen Konzepts: Der Gesetzgeber hat das gesamte System des Verfahrensrechts auf das Einparteienverfahren modelliert. Das Kapitel über das Verfahren von Amts wegen hat diese Einseitigkeit etwas verbessert, reicht aber nicht an das Konzept des strafrechtlich zu qualifizierenden Verwaltungsverfahrens zur Sanktionierung nach Art. 6 EMRK heran.[18] Zwar sind nun die typischen Sanktionsverfahren wie die der Wettbewerbs- und der Steuerbehörde vom Anwendungsbereich

[16] Selbst wenn sie im institutionellen Gedächtnis der Gerichte lebt, ist sie in juristischen Datenbanken nur selten auffindbar, da sie mangels einer allgemeinen Regel nirgends verlinkt werden kann und so daher für die meisten Teilnehmer der Rechtspflege nicht mehr existiert.

[17] Bislang ist dies der Fall, obwohl es derzeit viele Versuche gibt, die öffentliche Bekanntmachung zum Regelfall zu machen. Dies würde sicherlich die Rechte der Parteien auf Information und Zugang zum Gericht noch weiter aushöhlen.

[18] *Jussila v. Finnland,* [GC], Nr. 73053/01, 23. November 2006.

des Gesetzes ausgenommen,[19] aber nicht, weil die Regelungen für diese Verfahren ein umfassenderes Garantiesystem enthalten würden als das ung. VwVfG.[20]

Das Konzept der Allgemeinheit hatte auch eine andere Seite: schaut man sich das System der Änderungen der allgemeinen Verfahrensvorschriften genauer an, so zeigt sich, dass der Gesetzgeber bei der Festlegung der Vereinfachungsrichtungen nur – oder zumindest überwiegend – Einparteienverfahren im Auge hatte.[21] Obwohl mit dem ung. VwVfG versucht wurde, einige der schädlichen Auswirkungen des Bürokratieabbaus zu verringern, z.B. durch die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Konditionalentscheidung, durch die Erweiterung der Möglichkeit der Aussetzung des Verfahrens und durch die Schaffung des Rechtsinstituts des Anhaltens des Verfahrens, führten die rechtspolitischen Ziele der Regierung, die auch in dieser Gesetzgebung vorherrschten, dazu, dass das ung. VwVfG ein behördenzentriertes Gesetz geworden ist, das sich in erster Linie auf die Funktion konzentriert, die mit der Effizienz der Verfahren verbunden ist: die Arbeit der Behörden zu erleichtern und zu beschleunigen. Dies bedeutete, dass dem anderen Hauptziel des Verwaltungsverfahrensrechts – der Gewährleistung der Rechtmäßigkeit und damit dem vorgelagertem Rechtsschutz – bei der Ausarbeitung der Bestimmungen zwangsläufig wenig Bedeutung beigemessen wurde.

2. Die Folgen des neuen Verständnisses der Allgemeinheit

Aus dieser „doppelten Einfachheit" (alles modelliert auf Einparteienverfahren eingeleitet auf Antrag) ergibt sich ein erhebliches Defizit für die Verfahrensrechte der Parteien. Die Komponenten der Legalität, wie die Legitimations- und die Rechtsschutzfunktion spielen eine immer geringere Rolle, während wegen der Abschaffung des Widerspruchs ihre Bedeutung eher noch hätte erhöht werden sollen.

Nehmen wir nur eine Konsequenz dieser neuen Auslegung der Allgemeinheit. Im früheren Gesetzbuch gab es drei besondere Parteibegriffe. Während nach dem allgemeinen Parteibegriff jeder, dessen Recht oder Interesse von der Sache betroffen war, Partei war, hatten die Verwaltungsorgane, deren Aufgaben die Sache berührte, als „Quasi-Parteien" ebenfalls Parteistellung, wenn sie nicht in anderer Eigenschaft (als Behörde oder Sachbehörde) an dem Verfahren beteiligt waren. Ebenso gab es einen „automatischen"

[19] *Pákozdi v Ungarn,* Nr. 51269/07, § 22, 25. November 2014; *A. Menarini Diagnostics S.R.L. v Italien,* Nr. 43509/08, § 40, 27. September 2011.

[20] Diesen Aspekt legt zumindest auch die jüngere Rechtsprechung nahe, z.B. in der Entscheidung des Verfassungsgerichts Nr. 25/2020 (XII. 4.) und in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Nr. Kf.II.37.959/2018/14.

[21] Zu dem neuen Konzept der Allgemeinheit in der Kodifizierung siehe B. Hajas, Általános? Közigazgatási? Rendtartás? in B. Gerencsér, L. Berkes und A. Zs. Varga (eds), *A hazai és az uniós közigazgatási eljárásjog aktuális kérdései,* (Pázmány Press, Budapest, 2015, 337–352) 338 ff.

Parteibegriff für Fälle, die ein größeres geografisches Gebiet betrafen: In diesem Fall musste jeder, der ein Eigentumsrecht an einem in dieses Gebiet befindlichen Grundstück hatte, als Partei angesehen werden, unabhängig von den Auswirkungen des Falles auf seine Rechte und Interessen. Nach dem neuen Konzept gibt es im ung. VwVfG derzeit nur eine Definition des Begriffs „Partei". Nach der Rechtsprechung gelten Verwaltungsorgane als Beteiligte von behördlichen Verfahren, wenn ihre Funktionen unmittelbar betroffen sind, aber diese weite Auslegung des fast unveränderten allgemeinen Parteibegriffs ist möglicherweise nur eine Reflexwirkung der früheren Vorschriften des Gesetzbuchs von 2004, die im Laufe der Zeit natürlich wieder verschwinden kann. Das Fehlen des besonderen Parteibegriffs führt in Fällen, die die Öffentlichkeit betreffen und in Fällen mit automatischer Parteistellung zu großen Problemen. Das Konzept der Allgemeinheit der ung. VwVfG entleert somit das allgemeine Verfahrensrecht und lässt dem Sondergesetzgeber freie Hand. Natürlich sind diese Versuche nicht neu: Zwischen 2005 und 2013 gab es eine ähnliche Welle von Versuchen des Gesetzgebers, die Rechte der Partei zu beschneiden und zu verhindern, dass einige Personen der effektiven Durchführung von Verfahren schaden (da die öffentliche Verwaltung dazu neigt, die Durchsetzung bestimmter Aspekte des öffentlichen Interesses, die sie nicht vertritt, wie z. B. Umweltbelange, in diese Richtung, als ein Hindernis auszulegen). Damals hat der Gesetzgeber jedoch im Rahmen des allgemeinen Verfahrensrechts den Status der Partei nur „beschnitten", indem er verschiedene Präklusionsregeln im Sonderrecht zuließ: so wurde der Sondergesetzgeber ermächtigt, der Partei, die sich nicht am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt hatte, das Recht wegzunehmen, einen Widerspruch einzulegen, oder wenn sie bestimmte Elemente der erstinstanzlichen Entscheidung nicht in der Sache angefochten hatte, das Recht auf eine Berufung inhaltlich beschränken usw.[22]

IV. Abschaffung von Verfahren(-sabschnitten) als eine Art der Vereinfachung?

1. Kein Widerspruch mehr

Die weiteren Änderungen spiegeln die Bedeutung wider, die der Gesetzgeber der Funktion des Verfahrensrechts als Rechtsschutzinstrument beimisst. Der Gedanke der Abschaffung dieses Rechtsbehelfs tauchte erst im Gesetz über die Verfahren von besonderem nationalem wirtschaftlichem Interesse auf,[23] das als ein erster allgemeiner

[22] Für weitere Einzelheiten siehe K. F. Rozsnyai, Von Aarhus nach Budapest: Einwirkungen der Aarhus-Konvention auf das ungarische Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht, (2015) 68 (6) *Die Öffentliche Verwaltung,* 228–234.

[23] Gesetz LIII von 2006.

Rahmen für die Vereinfachung von Genehmigungsverfahren diente. Der Anwendungsbereich des Gesetzes erstreckt sich auf die Durchführung von Investitionen von nationaler Bedeutung sowie auf die damit zusammenhängenden von der Verwaltungsbehörde eingeleiteten Verfahren, die ganz oder teilweise mit Hilfe von Fördermitteln der Europäischen Union, oder mit Mitteln aus dem Staatshaushalt, oder mit Hilfe von Beihilfen, die im Rahmen eines individuellen Regierungsbeschlusses gewährt werden, oder mit anderen bedeutenden Elementen wie Gesamtkosten von mindestens 5 Milliarden Forint, oder Gesamtkosten von mindestens 90 Millionen Forint und Schaffung von mindestens 15 neuen Arbeitsplätzen usw. durchgeführt werden. Die Bestimmungen des Gesetzes über das Verfahren und die Kontrolle der Bauaufsichtsbehörde und der Bauaufsichtsbehörde sowie die für die Art des Falles geltenden besonderen Verfahrensregeln finden mit den in diesem Gesetz vorgesehenen Ausnahmen Anwendung. Neben dem Wegfall des Widerspruchs, gibt es auch andere Vereinfachungen, wie eine kürzere Frist von nur 42 statt 60 Tagen, die Möglichkeit der Mitteilung durch öffentliche Bekanntmachung sowie eine kürzere Frist für die Bestandskraft: nur 5 statt 15 Tage nach Ablauf der Frist für die öffentlichen Bekanntmachung. Damit wurden viele Elemente der Vereinfachung für eine Kategorie von Fällen eingeführt, die ständig zunimmt.

Der Gesetzgeber war seit langem bestrebt, die Bedeutung des Widerspruchs im Allgemeinen zu verringern. Die ersten Schritte erfolgten schon 2011 durch verfahrensrechtliche Präklusionsvorschriften und strengere Förmlichkeiten. Mit dem Entbürokratisierungsgesetz wurde 2015 die tatsächliche Bedeutung vom Widerspruch erheblich reduziert, indem auch materiellrechtliche Präklusionsvorschriften eingeführt wurden. Die Abschaffung des Widerspruchs wurde schließlich zu Beginn der Kodifizierung der Verwaltungsgerichtsordnung zu einem allgemeinen Leitmotiv. Damals wurde dies jedoch in einem völlig anderen Kontext erwägt, da ein zweistufiger gerichtlicher Rechtsbehelf geplant war, mit einem ordentlichen Rechtsmittel und einem außerordentlichen Rechtsmittel.[24] In diesem Zusammenhang schien es eine zumutbare Lösung zu sein, den internen Rechtsbehelf faktisch durch ein Rechtsmittel im gerichtlichen Verfahren zu ersetzen, obwohl es damals schon genügend Literatur gab, die darauf hinwies, dass die beiden nicht gleichzusetzen sind und das gerichtliche Verfahren den internen Rechtsbehelf nicht ersetzen kann.

Das legislative Ziel der Abschaffung des Widerspruchs wurde schließlich durch die gewährten Ausnahmen von dieser Regel ausgehöhlt. Das ung. VwVfG von 2016 enthielt drei solche Abweichungen hinsichtlich der Entscheidungen auf unterster Ebene: einerseits die Entscheidungen des Bezirksamtes, andererseits die Entscheidungen der Gemeindeverwaltung (mit Ausnahme der des Gemeinderats) und drittens die der

[24] Siehe im Einzelnen A. Gy. Kovács, The Curia's tasks in the Code of Administrative Court Procedure, (2018) 57 *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis De Rolando Eötvös Nominatae Sectio Iuridica,* 15–22., https://doi.org/10.56749/annales.elteajk.2018.lvii.2.15

örtlichen Polizeibehörde.[25] Da die gleichzeitig erfolgte organisatorische Umstrukturierung mit der Verlagerung der meisten Zuständigkeiten von den Regierungsämtern auf die Bezirksebene einherging, führte die neue Regelungslogik des ung. VwVfG so zu keiner wesentlichen Änderung im Rechtsschutz. Praktisch änderte der Kodex somit nur die Logik der Regelung: der Widerspruch wurde von einem ordentlichen Rechtsbehelf zu einem außerordentlichen Rechtsbehelf umgewandelt. Der Umfang der anfechtbaren Entscheidungen wurde nur geringfügig eingeschränkt.

Die im Jahr 2019 erfolgte Abschaffung der Möglichkeit gegen Entscheidungen des Regierungsbezirksamtes Widerspruch einzulegen, brachte dann schließlich die im Jahr 2016 beabsichtigte grundlegende Änderung mit sich, denn mit dem „Eininstanzengesetz"[26] (EininstG) wurde das eininstanzliche Verfahren zum Regelfall in den Verfahren vor den unmittelbaren staatlichen Verwaltungsbehörden.[27] Parallel zum EininstG kam es auch zu einer weiteren Neuordnung der Zuständigkeiten, wobei viele Zuständigkeiten wieder auf die Regierungspräsidien übertragen wurden, wodurch die Ministerien wiederum zu Aufsichtsbehörden wurden, für diese Funktion aber grundsätzlich kein Personal bereitgestellt wurde und diese auch nur beschränkt in das traditionelle Profil der Ministerium passt.[28]

Die Abschaffung des Widerspruchs hat gravierende Folgen für die Durchsetzung der Rechte der Parteien. Der Gesetzgeber hatte diese konzeptionelle Änderung bereits bei der Kodifizierung des ung. VwVfG damit begründet, dass statistische Analysen gezeigt hätten, dass der Widerspruch keine subjektive Rechtsschutzfunktion hätte, da die Widerspruchsverfahren zu 75 Prozent mit einer Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung endeten. Allerdings ist einerseits zu bedenken, dass das heißt, dass in dem Viertel der Fälle die Rechtsschutzfunktion doch gegriffen hatte. Andererseits ist subjektiver Rechtsschutz nicht die einzige Funktion des Widerspruchs. Er dient sowohl der Verwaltungskontrolle durch Selbstkontrolle als auch der Entlastung der Gerichte.[29] Das Widerspruchsverfahren hat für die Partei auch eine Reihe von Vorteilen gegenüber dem gerichtlichen Verfahren, u.a. Informalität und Einfachheit, und vor allem einen geringeren Kostenaufwand.

[25] Siehe Hajas, The Retought Administrative Procedural Law in Hungary: Code of General Administrative Procedure, 292–302.

[26] Gesetz Nr. CXXVII von 2019 über das eininstanzliche Verfahren der Regierungsbezirksämter (zum Großteil in Kraft seit dem 1. April 2020).

[27] Eine wichtige Ausnahme bilden Finanzverwaltungsverfahren, wo im Allgemeinen noch das zweistufige (bzw. oft auch dreistufige) System angewendet wird. Ungefähr die Häfte aller Verwaltungsgerichtsverfahren entstammt diesem Bereich.

[28] Da die meisten Landesbeörden in 2016 auch abgeschafft wurden, fehlt die Ebene, welche die Aufsicht effektiv verwirklichen könnte.

[29] K. F. Rozsnyai, Külön, de mégis együtt, in B. Gerencsér, L. Berkes und A. Zs. Varga (eds), *A hazai és az uniós közigazgatási eljárásjog aktuális kérdései,* (Pázmány Press, Budapest, 2015, 149–168) 159–160.

Die Abschaffung des Widerspruchs bedeutet nicht nur den Verlust eines Rechtsbehelfs. Durch den einhergehenden Personalmangel wurde die Ausübung der Fachaufsicht auch stark beeinträchtigt; das Personal scheint nur für die erstinstanzlichen Verfahren auszureichen. Auch waren die Widerspruchsverfahren die wichtigste Informationsquelle über die Tätigkeit der erstinstanzlichen Behörde und lieferten oft Anlässe für Aufsichtsverfahren. Dies fehlt dem System nun zum Großteil. So erfolgt die Steuerung der Tätigkeit der erstinstanzlichen Behörde nur noch sporadisch.

Die in das ung. VwVfG neu eingeführte – mit der Verwaltungsprozessordnung nicht voll abgestimmte – Regelung versucht diese Lücke zu füllen, indem sie zum einen dem beklagten Verwaltungsorgan ein nahezu unbegrenztes Abänderungs- und Rücknahmerecht aufgrund der Klage einräumt.[30] Auch wird die Weiterleitung der Klagen gegen Entscheidungen der Bezirksämter über die Komitatsregierungsämter an das Gericht vorgesehen.[31] Diese Lösungen können jedoch keine wirkliche funktionale Äquivalente darstellen. Die Aufsichtsbehörde (bzw. die Behörde) ist im Gegensatz zum Widerspruchsverfahren in diesem Fall nicht verpflichtet eine Entscheidung zu treffen, denn sie hat unter Umständen gar nicht die nötigen Ressourcen sich unter Zeitdruck eingehend mit den Argumenten aus der Klageschrift zu befassen. An dieser Stelle sei auf die parallele Übertragung von Aufgaben von den Bezirksämtern – und im Falle der baurechtlichen Genehmigungen von den Gemeinderäten – auf die Regierungspräsidien verwiesen, die die Verringerung der für die Aufsichtstätigkeit zur Verfügung stehenden Personalressourcen verdeutlicht. In Zeiten chronischen Personalmangels ist es fraglich, ob Beamte, die bisher in zweiter Instanz verfuhren, durch diese Kompetenzverlagerung in die Ministerien gewechselt sind – wahrscheinlicher ist, dass sie nun für erstinstanzliche Verfahren im Regierungspräsidium zuständig sind.

2. Die Anmeldung: überhaupt kein Verfahren mehr

Diese Art der Vereinfachung ist auch nicht neu, sie wurde erstmals bei der Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie angewandt. Später war der Hauptbereich dieser Art von Vereinfachung das Baurecht, das auch ein politisch sehr wichtiger Bereich des Regierungshandelns war und ist.

Um die Bautätigkeit und damit das Wirtschaftswachstum im Bausektor zu fördern, hat das Parlament im Programm zur Entbürokratisierung beschlossen, dass für den Neubau von Wohngebäuden mit einer Gesamtnutzfläche von bis zu 300 m^2 oder die Erweiterung eines bestehenden Wohngebäudes auf eine Gesamtnutzfläche von 300 m^2 keine Baugenehmigung erforderlich ist. In diesen Fällen genügt anstelle

[30] Art. 115. ung. VwVfG.
[31] Art. 40. VPO.

eines Genehmigungsantrags die Anmeldung, wenn es sich bei dem Bauherrn um eine natürliche Person handelt, die Bauarbeiten zum Zwecke der Sicherung des eigenen Wohnraums durchführt, und das neu errichtete Wohngebäude nicht mehr als eine Wohnung umfasst.[32] Dieser Gesetzestext besagt, dass die Anmeldung nicht Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens ist; es gibt kein Verfahren, das durch die Anmeldung oder von Amts wegen nach der Anmeldung eingeleitet wird. Auf diese Weise gibt es auch keine Parteien.[33] Wenn es keine Parteien und kein Verfahren gibt, haben die Gegeninteressenten keine Möglichkeiten, ihre eigenen Interessen und Einwände vorzubringen, und da es auch keine Kapazitäten für die Verwaltungskontrolle solcher Bautätigkeiten gibt, können die Verletzungen der Rechte der Nachbarn nur vor Zivilgerichten geltend gemacht werden, so dass es keine wirksamen Rechtsbehelfe für Nachbarn und andere Gegeninteressenten im Bereich des Verwaltungsrechts gibt.

Als weitere Erleichterung wurden die mit der Anmeldung verbundenen Garantien später teilweise abgeschafft. Dies bedeutet, dass kein elektronisches Logbuch täglich mehr ausgefüllt werden muss und es nicht mehr zwingend erforderlich ist, einen Architekten mit der Bauleitung zu beauftragen. Dies erhöht zum einen das Risiko späterer verwaltungsrechtlicher Sanktionen bei nicht ordnungsgemäßer Bautätigkeit, was auch die Planungskosten steigen lässt, da Architekten für die steigenden Kosten der Haftpflichtversicherung mit erhöhten Preisen reagieren bzw. viele solche Arbeiten gar nicht mehr in Auftrag nehmen, wodurch das sinkende Angebot die Preise weiter steigen lässt. Auch das Risiko schlechter Bauqualität erhöht sich, da es wegen Personalmangel nämlich nur ganz vereinzelt Verwaltungskontrollen der Qualität von Baumaterialien und -techniken gibt.

Der Verlust der Ex-ante-Kontrolle führt also zu höheren Kosten (mehr Pläne und Unterlagen, die der Behörde übermittelt werden müssen, höhere Kosten für Architekten, usw.) und mehr Risiken für die Parteien, die in keinem Verhältnis zu den Vorteilen der fehlenden Genehmigung stehen. Ganz zu schweigen von den Fällen, in denen die Partei im Nachhinein von ihren Plänen abweichen möchte (oder muss): dies ist wegen der fehlenden Genehmigung praktisch unmöglich.

[32] Diese Kriterien wurden seither mehrmals gelockert, die Schilderung dieser Änderungen würde aber den Rahmen dieser Abhandlung sprengen. Es sei nur darauf hingewiesen, dass aktuell praktisch ein Großteil der Bauvorhaben nun von dieser Ausnahmeregelung erfasst wird.

[33] Absatz (1) des Artikels 2 des Regierungsdekrets 155/2016 (VI. 13.) über die einfache Anmeldung der Errichtung von Wohngebäuden sieht vor: „Die Anmeldung stellt weder einen Antrag auf Einleitung eines Verwaltungsverfahrens noch einen Umstand dar, der zur Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen führt."

V. Schlussfolgerungen

Bei der Vereinfachung hat der Gesetzgeber alle Anforderungen aus dem Recht auf gute Verwaltung zu berücksichtigen und zu bedenken, dass das Verfahren mitsamt Verfahrensrechten und der festen Reihenfolge von Verfahrensschritten – als vorgelagerter Rechtsschutz – Garantien für eine gute Verwaltung, ein faires Verfahren und einen richtigen Verfahrensausgang sind. Fallen ganze Abschnitte des Verfahrens oder gar das Verfahren gänzlich weg, fehlen auch die Garantien, was – zumindest teilweise – zur Aushöhlung des Rechts auf gute Verwaltung führt. Es muss daher nach Möglichkeiten der Vereinfachung des Verfahrens gesucht werden. In dieser Hinsicht ist die Typologie von Verfahren, die der ungarische Gesetzgeber eingeführt hat, ein gutes Beispiel. Die Unterscheidung zwischen dem summarischen (bzw. dem automatischen) Verfahren und dem vollständigen Verfahren war eigentlich auch im früheren Gesetzeswerk vorhanden, aber mangels Formalisierung und Konkretisierung des Verhältnisses dieser Typen konnte die Verwaltung nicht für die Wahl der konkreten Verfahrensform zur Verantwortung gezogen werden. So verwundert es nicht, dass die Einführung der Typen des vereinfachten Verfahrens zur Verkürzung der durchschnittlichen Verwaltungsverfahrensdauer beisteuerte[34] – dies war eines der Hauptziele der Vereinfachung.

Die beiden anderen Formen der Vereinfachung, die Neudeutung des Begriffs der Allgemeinheit und das Wegfallen von Verfahren(sabschnitten) bewirken aber auch, dass es praktisch weniger, oder gar keinen Rechtsschutz mehr gibt. Genauso, wie 'justice delayed, justice denied' bedeutet, vermögen ausgehöhlte Verfahren auch keine wesentlichen Garantien zu bieten. Wenn der Verwaltungsrechtsschutz abgebaut wird und die Parteien nur auf die Zivilgerichtsbarkeit zurückgreifen können, wird einerseits nur dysfunktional (und sporadisch) Rechtsschutz geboten, und somit auch dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes gegen Verwaltungshandeln nicht Genüge getan. Andererseits wird auch die Überlastung der Zivilgerichte und die privatrechtliche Fortbildung des öffentlichen Rechts riskiert. So ist unsere Bilanz doch eher düster. Verfahren ohne effektiven (vorgelagerten und/oder nachträglichen) Rechtsschutz sind keineswegs effizient.

[34] Dies war nur teilweise auf die Konditionalentscheidung (eine Art der Genehmigungsfiktion, von 2015 bis 2020 geltende Institution des ung. VwVfG) zurückzuführen, siehe F. Rozsnyai und Hoffman, New Hungarian Institutions against Administrative Silence: Friends or Foes of the Parties? 109–127.

Le Monnier de Gouville, Pauline*

Présomption d'innocence et État de droit

Abstract

The presumption of innocence is not only a rule of evidence, but also a subjective right that protects any accused person from prejudice. However, the developments and changes in French society are fuelling mistrust of this principle. The growing use of pre-trial detention and glassed-in courtrooms for security purposes, the freeing of victims of sexual and gender-based violence to speak out, and the excesses of social networks: the presumption of innocence is now a challenge for the rule of law. New form of justice, new responses, new issues: the analysis must go beyond the sole view of the jurist to embrace society as a whole, since the presumption of innocence is a bearer of essential values. It corresponds to a philosophical choice of our society and to an objective that every rule of law sets itself.

Keywords: rule of law, presumption of innocence, pre-trial detention, freedom of speech, glass boxes, judicial communication, media, social networks, criminal trial guidelines, criminal justice, pre-trial phase

Introduction

« La présomption d'innocence, un défi pour l'État de droit », tel est l'intitulé du rapport publié en octobre 2021 par le groupe de travail constitué à la demande du Garde des sceaux, M. Éric Dupond-Moretti.[1] Ce groupe de travail, présidé Mme la ministre Élisabeth Guigou, avait pour objectif de réfléchir à la possibilité de renforcer le respect de ce principe cardinal du système judiciaire français, la lettre de mission du Garde des Sceaux évoquant le développement des moyens de communication électronique et des réseaux sociaux qui conduit à « donner un écho sans précédent à des dénonciations de faits de nature pénale ».[2]

* Le Monnier de Gouville, Pauline, Maître de conférences en droit privé, Université Paris Panthéon-Assas, directrice des études de l'Institut d'études judiciaires Pierre Raynaud.

1 É. Guigou (prés.), *La présomption d'innocence : un défi pour l'État de droit. Rapport du groupe de travail sur sur la présomption d'innocence* (oct. 2021).

2 Ibid., 6.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.16.203

L'analyse, au demeurant, dépasse le seul regard du juriste pour embrasser la société tout entière, tant la présomption d'innocence est porteuse de valeurs essentielles. Elle correspond à un choix philosophique de notre société et à un objectif que se donne tout État de droit. La présomption d'innocence, donc, c'est un postulat.

« Colosse aux pieds d'argile », selon le professeur Pradel,[3] le principe de présomption d'innocence est affirmé par les article préliminaire et 137-1 du Code de procédure pénale, l'article 9-1 du Code civil, l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais aussi par l'article 6§2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 14.2 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques, l'article 11§1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 48§1 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. C'est dire si le principe est solidement établi.

L'expression « présomption d'innocence » désigne la règle juridique en vertu de laquelle une personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie. Cette règle a la particularité d'être à la fois une règle de fond et de forme. Il s'agit en effet avant tout d'un droit subjectif, qui vise à préserver la personne poursuivie des préjugés. Il y va de l'intérêt de la personne mais aussi de l'harmonie sociale, que Merle et Vitu estimaient perturbée par le spectacle médiatique et l'afflux d'informations relatives aux affaires pénales.[4] Maître Daniel Soulez-Larivière formulait en des termes éclairés la problématique liée à la question de l'effectivité du principe : « [...] il s'agit [...] de déterminer si les procédures et les pratiques [...] permettent [...] à la personne [innocente] soupçonnée judiciairement et mise en examen d'avoir la capacité de se sortir d'affaire sans dégât » ;[5] la question est donc celle de « capacité procédurale ». Le droit positif poursuit cette ambition : l'article 9-1 du Code civil prévoit un recours permettant à la personne présentée publiquement, avant condamnation, comme coupable de saisir un juge, y compris en référé, afin d'obtenir une rectification ou la diffusion d'un communiqué. Corrélativement, l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse interdit de « publier les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique ».[6] L'article 35 ter de la loi, quant à lui, punit la diffusion d'une image d'une personne identifiable menottée ou placée en détention provisoire, mais aussi la publication d'un sondage relatif à la culpabilité d'une personne.

[3] J. Pradel, La présomption d'innocence : un colosse aux pieds d'argile ?, in *Droit de la France et droits d'ailleurs, Mélanges en l'honneur du professeur J.-H. Robert,* (LexisNexis, 2012) 617.

[4] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, t. 2, Procédure pénale,* 5e éd., (Cujas, 2001) n° 330.

[5] D. Soulez-Larivière, La présomption d'innocence, (1995) (1) *Revue européenne de philosophie et de droit,* http://www.fjpansier.com/3.html (consulté le : 30.12.2022), consulté le 7 septembre 2020. Cette contribution est issue d'actes d'un colloque consacré à la présomption d'innocence s'étant déroulé le 4 mars 1995 à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne.

[6] Selon cet article, « Il est interdit de publier les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique et ce, sous peine d'une amende de 3 750 euros ».

Si la présomption d'innocence est un droit subjectif, elle est aussi une règle de forme, qui permet de savoir sur qui va peser la charge de la preuve. Cela vise la réunion des éléments de preuve mais également la démonstration de la culpabilité, rôle dévolu au Ministère public. Telle est la conséquence directe du principe de présomption d'innocence, ce qu'affirme le Conseil constitutionnel dans sa décision remarquée des 19 et 20 janvier 1981.[7]

Le tournant majeur tient à l'adoption de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, qui crée un article préliminaire au sein du Code de procédure pénale et inscrit dans ce dernier, pour la première fois, le principe de la présomption d'innocence. Vingt-deux ans plus tard, cependant, force est de reconnaître que le décalage avec la pratique est considérable et ce, sous deux aspects. Le premier tient à l'existence de dispositifs de contrainte dont notre justice s'accommode et qui pose la question de leur compatibilité avec la présomption d'innocence. Comment admettre que l'on prive une personne de sa liberté avant toute condamnation (telle est en effet la conséquence d'une mise en détention provisoire) ? Comment admettre encore, lors du procès, la mise en place d'un dispositif de box vitré sans considérer que cela porte atteinte à la présomption d'innocence ? Ces prévisions révèlent une forme d'inadéquation, d'antinomie intrinsèque à notre système judiciaire qui relève de la fiction juridique. Le second aspect, ensuite, du décalage entre l'affirmation du principe et sa mise en œuvre pratique tient au traitement de l'information relative aux affaires pénales, notamment de la part des médias, sur les réseaux sociaux, et à la confusion d'individus présentés comme présumés coupables, peu important, au fond, la décision judiciaire ultérieurement rendue. C'est souligner là la confrontation, sinon l'opposition, entre les vérités – judiciaire, médiatique –, mais aussi entre le temps de l'information et celui des investigations. « Le temps de la justice n'est pas celui des médias », affirmait l'ancien président de la Cour de cassation M. Pierre Truche,[8] et le meilleur des enquêteurs ne pourra jamais lutter contre la rapidité de la diffusion de l'information.[9] Or dans l'inconscient collectif, l'atteinte portée à la présomption d'innocence importe peu, dès lors que l'information est utile[10] et la cause poursuivie légitime. Indéniablement, sous ce deuxième aspect, la question se renouvelle à l'heure des réseaux sociaux, de la médiatisation des affaires, et du mouvement de « libération de la parole » né en 2017 à la suite de l'affaire *Weinstein* et de l'onde de choc que provoquera les hashtags *Metoo* et

[7] Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, *Sécurité et liberté.*
[8] P. Truche, Le juge et la presse, (1995) (210) *Esprit,* 5–12.
[9] V. J. Francillon, Médias et droit pénal. Bilan et perspectives, (2000) *RSC,* 59.
[10] En ce sens, v. les propos du professeur D. Mazeaud s'adressant, au cours d'une table ronde organisée à l'université Paris Panthéon-Assas, au journaliste G. Davet, in Le secret et les journalistes, P. Bilger, G. Davet, P.-Y. Gautier, (2011) (4) *Revue de droit d'Assas,* 64., spéc. 67.

Balancetonporc.[11] Si la cause poursuivie – la lutte contre les violences sexuelles et sexistes – est assurément légitime, derrière ce processus et les mots libérateurs se cache l'un des grands maux de la justice française et plus particulièrement la délicate conciliation entre présomption d'innocence, droit à l'information, liberté d'expression. Il y va du respect des principes qui forgent l'État de droit.

Au regard de ce qui précède, il apparaît que la présomption d'innocence est avant tout un objectif que l'État de droit poursuit, tout en prévoyant paradoxalement des dispositifs qui y portent atteinte – là est la fiction, voire le mirage. Compte tenu des évolutions sociétales et de communication, la présomption d'innocence est aussi désormais un défi pour l'État de droit. En 1956, soit deux ans avant la création de l'article 11 du Code de procédure pénale relatif au secret de l'enquête et de l'instruction, l'avocat général Raymond Lindon affirmait, de façon prémonitoire : « L'information tend à être une grande dévoreuse de droits individuels ».[12] Il faut ainsi pouvoir en contrôler la diffusion afin, notamment, de ne pas porter atteinte à la présomption d'innocence. Comment procéder ? Les mots contre les maux, les mots aux sources des maux ? Dans quelle mesure les mouvements sociaux peuvent-ils faire avancer la cause poursuivie tout en préservant la présomption d'innocence ? Quel rôle du droit pénal dans ces avancées, mais aussi quel cadre ? Il s'agit de tracer des limites, non de poser des bâillons.

C'est en définitive une tension qui émerge, sous ces deux aspects : la présomption d'innocence, se révèle être à la fois une fiction (I.) et un défi (II.) pour l'État de droit.

I. Une fiction

La présomption d'innocence s'envisage comme un objectif de l'État de droit, que les principes directeurs du procès pénal permettent, progressivement, de consolider (1.). La fiction tient à l'inadéquation de ce principe avec des dispositifs qui, en eux-mêmes, y portent atteinte (2.).

[11] Pour aller plus loin, v. M. Bouchet et P. Le Monnier de Gouville, #Metoo ou la revanche des victimes sur les réseaux sociaux. La justice hors des murs, in C. Dubois et P. Le Monnier de Gouville (dir.), *Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique,* Actes du colloque organisé par l'Université Paris Panthéon-Assas et l'Université de Bourgogne, 9 nov. 2021, (Mare et Martin, à paraître) ; P. Le Monnier de Gouville, « Pourquoi la présomption d'innocence continue-t-elle de faire débat ? », The conversation, 8 janv. 2023, https://theconversation.com/pourquoi-la-presomption-dinnocence-continue-telle-de-faire-debat-193749 (consulté le : 30.12.2022).

[12] R. Lindon, obs. sous Paris, 25 sept.1956, *JCP* G 1956, II, 9560.

1. Les principes directeurs du procès pénal au soutien de la présomption d'innocence

Le système français s'est construit autour de la nécessité de consacrer le principe de présomption d'innocence, lequel s'inscrit dans un paysage procédural. Cette volonté est ancienne puisque le concept émergeait déjà dans les sources canoniques dès le IX^{e} siècle avant d'être formulé au XIV^{ème} siècle par le cardinal et canoniste Jean Lemoine, concept selon lequel « tout individu est présumé innocent jusqu'à la preuve contraire ».[13] Le principe subsista tout au long de l'Ancien Régime, Louis XVI affirmant notamment, le 1er mai 1788, que « le premier de tous les principes en matière criminelle veut qu'un accusé, fût-il condamné à mort en première instance, soit toujours présumé innocent aux yeux de la loi jusqu'à ce que sa sentence soit confirmée en dernier ressort ».[14] Par la suite, les députés de l'Assemblée constituante de 1789 ont souhaité inscrire dans la loi les droits inaliénables dont dispose chaque citoyen, au rang desquels figure celui pour l'accusé de ne pas voir son innocence remise en cause dès le début de la procédure. Cependant, la présomption d'innocence ne s'envisageait pas comme un principe directeur du procès pénal mais comme un rempart contre toute atteinte à la liberté. Ce n'est finalement qu'au début du XX^{ème} siècle que l'expression « présomption d'innocence » est formalisée, grâce aux écrits de l'avocat et professeur de droit criminel René Garraud. Surtout, ce n'est que sous la Ve République, avec la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970, que le législateur consacre dans la loi des dispositifs visant à renforcer les garanties individuelles qu'impliquent, notamment, la présomption d'innocence. La loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale supprime, quant à elle, le terme d'« inculpation » pour lui préférer celui de « mise en examen ». C'est donc un travail sur les mots qui est réalisé puisqu'à cette évolution sémantique correspond la volonté de décorréler l'existence d'indices graves ou concordants à l'encontre d'une personne mise en cause de tout pré-jugement sur sa culpabilité. La loi de 1993 a ensuite introduit un principe de proportionnalité entre les soupçons pesant sur la personne et la gravité des mesures de contraintes prises à son encontre : le placement en garde à vue est désormais subordonné à l'existence de soupçons, rendant impossible une telle mesure à l'encontre d'un simple témoin. Sept ans plus tard, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 consacre, en tête du Code de procédure pénale, le principe de la présomption d'innocence. À la lecture de l'exposé des motifs de la loi, la présomption d'innocence apparaît comme « un principe cardinal de la procédure pénale dans un État de droit », dont découlent les autres principes directeurs du droit procédural français.

Depuis plus de vingt ans, de multiples évolutions, forgeant le droit à un procès équitable, viennent ainsi au soutien du principe de présomption d'innocence. Ce n'est

[13] Cité par J.-M. Carbasse, *Introduction historique au Droit Pénal,* (PUF, Paris, 1985) 139.
[14] Guigou, *La présomption d'innocence : un défi pour l'État de droit,* 13.

en effet qu'à travers l'affirmation de garanties du procès que peut se consolider ce principe ; à défaut, celui-ci serait une coquille vide, un postulat sans substance. Droits de la défense considérablement renforcés, égalité des armes, principe du contradictoire (lequel, a été accentué par la loi n° 2021-729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire puisque le suspect ayant vu sa présomption d'innocence bafouée publiquement par un moyen de communication au public peut désormais demander à accéder au dossier de la procédure[15]), mais encore exigence d'un délai raisonnable,[16] droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer : autant de garanties de nature à enserrer dans plusieurs conditions les dispositifs procéduraux susceptible de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux. En particulier, s'agissant du délai raisonnable, la loi du 15 juin 2000 a introduit le principe de principe de limitation de la durée de l'enquête à l'article 75-1 du Code de procédure pénale : ainsi, lorsque l'enquête est diligentée sur instruction du procureur de la République, celui-ci fixe un délai dans lequel les investigations doivent être réalisées. Si l'enquête est menée d'office, les officiers de police judiciaire doivent rendre compte au procureur de son état d'avancement au bout de six mois. La loi du 22 décembre 2021, quant à elle, prévoit une disposition de nature à limiter la durée des enquêtes préliminaires, puisque celles-ci ne peuvent désormais durer plus de deux ans à compter du premier acte d'investigation accompli.[17] Dans le cadre d'une instruction préparatoire, il est prévu que celle-ci ne doit pas dépasser un « délai raisonnable au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen, de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité et de l'exercice des droits de la défense l'affaire ».[18] Dans l'hypothèse où l'instruction ne serait pas clôturée au bout de deux ans, le juge d'instruction devrait, par le biais d'une ordonnance, expliciter les motifs de continuation de la procédure. Au regard de ces éléments, la limitation de la durée de la phase préparatoire du procès pénal est donc une préoccupation majeure du législateur, l'individu mis en cause demeurant présumé innocent et devant, dans cette perspective, faire l'objet d'une procédure d'une durée raisonnable. Quant au droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer, sa notification, qui découle de la présomption d'innocence, a été consacrée par la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue. La loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, en date du 22 mai 2012, a étendu ce droit à l'audition libre. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, a également participé au renforcement de l'effectivité de la présomption d'innocence en s'assurant que le droit de se taire soit garanti à tous les stades de la procédure. Ainsi,

[15] C. proc. pén., art. 77-2.
[16] C. proc. pén., art. préliminaire et art. 144-1.
[17] C. proc. pén., art. 75-3.
[18] C. proc. pén., art. 175-1.

il affirme que ce droit découle de la présomption d'innocence,[19] puis, par plusieurs décisions ultérieures,[20] déclare inconstitutionnels les articles 396, 199 et 145 du Code de procédure pénale relatifs à la présentation du prévenu devant le juge des libertés et de la détention, puis la chambre de l'instruction, dès lors que n'a pas été prévue la notification du droit au silence. La loi précitée du 22 décembre 2021 prend acte de ces censures en prévoyant la notification du droit de se taire devant ces juridictions et inscrivant ce droit au sein de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Enfin, dans le prolongement de cette réflexion liée aux garanties prévues de nature à protéger la présomption d'innocence, on songe également au principe de proportionnalité qui embrasse les mesures de contrainte et à l'évolution, à cet égard, du contentieux de la détention provisoire. Différentes innovations visent en effet à juguler ce contentieux et le recours à la privation de liberté avec la création, par la loi du 15 juin 2000, du statut de témoin assisté mais aussi du juge des libertés et de la détention afin de retirer le pouvoir de contrôle de la détention provisoire au juge d'instruction, à la fois « Maigret et Salomon » selon l'expression de M. R. Badinter.[21] Précisément, l'introduction d'une nouvelle institution, le juge des libertés et de la détention, s'est accompagnée, d'une part, d'une modification des conditions de recours à la mesure de détention provisoire, laquelle ne peut être désormais décidée que lorsque l'infraction en cause fait encourir une peine d'au moins trois ans d'emprisonnement, puis, d'autre part, de la prévision de délais dits butoir. Un recours en indemnisation est en outre offert à la personne détenue qui a fait l'objet d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement. Sept ans plus tard, la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 prévoit – en réponse, notamment, aux erreurs judiciaire résultant de l'*affaire d'Outreau*[22] – des garanties supplémentaires, qu'il s'agisse par exemple de d'étendre la publicité des audiences devant le juge des libertés et de la détention ou devant la chambre d'instruction tout en permettant que le risque d'une atteinte à la présomption d'innocence justifie le refus d'une telle le publicité ; qu'il s'agisse, encore, de refondre et de clarifier les motifs de mise en détention provisoire, en particulier de supprimer le critère de trouble exceptionnel à l'ordre public en matière délictuelle, dénoncé jusqu'alors comme un critère fourre-tout.[23] Dans le même sens, la

[19] Cons. const., 4 nov. 2016, n° 2016-594 QPC, cons. 5 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. Il en résulte le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, dont découle le droit de se taire ».

[20] Cons. const., 4 mars 2001, n° 2020-886 QPC ; 9 avr. 2021, n° 2021-895 QPC ; 30 sept. 2021, n° 2021-935 QPC.

[21] R. Badinter, La mort programmée du juge d'instruction, *Le Monde,* 21 mars 2009.

[22] V. not. *Rapport du Groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau »*, La Documentation française, 8 févr. 2005.

[23] G. Geoffroy, *Rapport au nom de la Commission des lois sur le projet de loi (n° 3393), tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale française,* n° 3505, 6 déc. 2006, p. 178 ; P. Le Monnier de Gouville, De l'usage du standard en procédure pénale, (2014) (9) *Revue de droit d'Assas,* 43., spéc. 55.

création, avec la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, de l'assignation à résidence sous surveillance électronique (ARSE), vise à réduire le recours à la détention provisoire et à faire de celle-ci une mesure effectivement exceptionnelle.[24]

Enfin, un autre exemple de garantie résulte de la protection du secret de l'enquête et de l'instruction, prévue à l'article 11 du Code de procédure pénale. C'est en effet sur la base de ce principe et au nom de la présomption d'innocence que la Cour de cassation[25] et le Conseil constitutionnel se sont opposés à la présence des journalistes lors des perquisitions. Dans sa décision du 2 mars 2018,[26] le Conseil constitutionnel rappelle l'utilité du secret, lequel permet non seulement de garantir le bon déroulement des investigations, mais aussi de protéger les personnes concernées par une enquête ou une instruction, afin de garantir le droit au respect de la vie privée et de la présomption d'innocence.[27]

L'ensemble de ces avancées procédurales contribue, en définitive, à garantir l'effectivité de la présomption d'innocence. Or, en dépit de cet arsenal processuel, le principe de la présomption d'innocence demeure une fiction dès lors que la justice pénale française prévoit des dispositifs de contrainte qui, intrinsèquement, y portent atteinte.

2. Les dispositifs de contrainte éprouvés au détriment de la présomption d'innocence

Le caractère fictionnel de la présomption d'innocence résulte en effet de la prévision de dispositifs qui, en eux-mêmes, portent atteinte au principe, à tout le moins entravent son effectivité. Deux dispositifs interpellent tout particulièrement, au regard de leur compatibilité avec le respect de la présomption d'innocence. Le premier d'entre eux est celui de la détention provisoire, mesure privative de liberté qui représente un marqueur

[24] C. proc. pén., art. 142-5 s. Pour aller plus loin, v. P. Le Monnier de Gouville, L'assignation à résidence sous surveillance électronique : une mesure efficace face à la détention provisoire ?, in J.-P. Céré et L. Grégoire (dir.), *Dix ans d'application de la loi pénitentiaire, Actes du Congrès des jeunes pénalistes de l'AFDP,* Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2 juill. 2021, (L'Harmattan, 2021) 173.

[25] Cass. crim., 10 janv. 2017, n° 16-84740, *D.* 2017, p. 113 ; *RSC* 2017, p. 334, note F. Cordier ; *Comm. com. électr.* 2017, n° 3, comm. 25, note A. Lepage ; *AJ pén.* 2017, p. 140, note J.-B. Thierry ; *Procédures* 2017, comm. 48, note A.-S. Chavent-Leclère ; *JCP* G 2017, n° 6, 138, obs. P. Collet ; *D.* 2017, p. 1684, note J. Pradel ; *Gaz. Pal.* 25 avr. 2017, n° 292, p. 72, note F. Fourment ; *Gaz. Pal.* 23 mai 2017, n° 294, p. 31, note F. Fourment ; *D. Actualité,* 30 janv. 2017, note S. Fucini ; Cass. crim., 9 janv. 2019, n° 17-84026, *JCP* G 2019, n° 11, 275, note J. Pradel ; *AJ pén.* 2019, p. 144, note A. Dejean de La Bâtie ; *D. Actualité,* 18 janv. 2019, note S. Fucini.

[26] Cons. const., 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC, cons. 8, *D.* 2018, p. 462 ; *Procédures* 2018, comm. 128, note J. Buisson ; *D. Actualité,* 14 mars 2018, note P. Januel ; *Rev. pénit.* 2018, p. 395, note J. Bossan ; *Comm. com. électr.* 2018, n° 5, comm. 36, note A. Lepage ; *Actualités du droit,* 8 mars 2018, note A. Dorange.

[27] Pour aller plus loin, v. P. Le Monnier de Gouville, Secret de l'instruction, droit à l'information et présomption d'innocence, in T. Bonneau et A. Lepage (dir.), *Information, numérique et innovations, Mélanges de l'école doctorale de droit privé,* (Panthéon-Assas, 2020) vol. 1, 397.

fort de suspicion. Le criminaliste Faustin Hélie écrivait : « La détention préalable inflige un mal réel, une véritable souffrance, à un homme qui non seulement n'est pas réputé coupable mais qui peut être innocent, et le frappe [...] dans sa réputation, dans ses moyens d'existence, dans sa personne ».[28] L'article 137-1 du Code de procédure pénale, quant à lui, affirme le principe selon lequel « Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre ». Ce n'est qu'« à titre exceptionnel » que la personne peut être placée en détention provisoire. Or, malgré cette affirmation législative, le dispositif de détention provisoire s'envisage comme une négation, en tant que telle, de la présomption d'innocence : d'abord car la mesure s'envisage, sous différents aspects, comme un pré-jugement ; ensuite parce ce qu'il y est recouru de manière excessive.

Au soutien de l'idée selon laquelle la détention provisoire constitue une forme de pré-jugement, il est possible, avant tout, de se référer à l'article 145 du Code de procédure pénale selon lequel le juge statue « au vu des éléments du dossier ». Surtout, les motifs juridiques de la détention, prévus à l'article 144 dudit code, traduisent une prise en compte intrinsèque de certains éléments du dossier. Ainsi, à suivre la lettre du texte, le juge a par exemple la possibilité de motiver le recours à la détention provisoire en indiquant, au sein de son ordonnance, que la mesure vise à empêcher tout contact entre « des complices », à « mettre fin à l'infraction » ou à « prévenir son renouvellement ». Toutes ces hypothèses considèrent ainsi l'infraction comme établie. Par exemple, le risque de renouvellement d'une infraction n'est réel que si, par définition, il existe une première infraction et que l'on considère que l'individu l'a effectivement commise. En se fondant ainsi sur les motifs de détention prévus par la loi, le juge se forge, consciemment ou non, un avis sur la culpabilité du prévenu. Les mots ont pourtant un sens et c'est d'ailleurs dans cette perspective que le rapport précité du groupe de travail sur la présomption d'innocence préconise de réaliser un travail de réflexion autour de la sémantique de la procédure pénale afin de mieux cibler le vocabulaire et les marqueurs de culpabilité.[29] À titre d'exemple, alors que l'article 144, 6° du Code de procédure pénale prévoit, au titre, des motifs fondant la mesure de détention provisoire, la nécessité de « mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement », le groupe de travail suggère de remplacer ladite formule par celle d'une détention provisoire de nature « à prévenir le risque de commission d'une infraction pénale ».[30] Au-delà des arguments liés à la sémantique, d'autres éléments sont de nature à souligner la corrélation étroite entre les circonstances justifiant la mesure de détention provisoire et l'analyse, au fond, du dossier. Ainsi, l'article 137-1 du Code de procédure pénale

[28] F. Hélie, *Traité d'instruction criminelle, IV, l'instruction écrite,* 2e éd., (H. Plon, 1866) n° 1950, 610.
[29] Sur ces questions, v. not. S. Detraz, La prétendue présomption d'innocence, (2004) (3) *Dr. pén.,* chron. 3, rappr. C. Ambroise-Castérot, *Présomption d'innocence,* Rép. pén. Dalloz, n° 13. V. également à ce sujet, et plus particulièrement au regard du marqueur de culpabilité que représente la détention provisoire, R. Parizot, Présomption d'innocence versus marqueurs de culpabilité : quel équilibre ?, (2019) *RSC,* 127.
[30] Guigou, *La présomption d'innocence : un défi pour l'État de droit,* 55.

interdit au juge des libertés et de la détention, chargé de décider de la mise en œuvre ou de la prolongation de la détention provisoire, de participer aux affaires dont il a préalablement connu. Cette règle, liée à l'exigence d'impartialité, conduit à reconnaître que la phase préparatoire du procès, au cours de laquelle la personne mise en examen peut être placée en détention provisoire, et l'audience de jugement sont liées par un inévitable examen au fond de l'affaire. Dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'homme, dans une affaire concernant la France,[31] a exprimé le refus que les membres de la chambre d'instruction ayant statué sur la détention provisoire puissent siéger au sein de la chambre des appels correctionnel saisie du fond de l'affaire. Elle a en effet considéré que les juges, en appréciant la mesure de la détention provisoire, avaient nécessairement relevé des éléments de culpabilité. Enfin, un autre argument peut être mentionné, résultant de la règle de l'imputation, prévue par la loi, du temps écoulé sous le régime de la détention provisoire sur celui de la peine à exécuter en cas de condamnation de la personne[32] – ce qui permet de souligner là encore le lien ténu entre la mesure de détention et le jugement de la culpabilité de l'individu.

Si la mesure détention provisoire apparaît en définitive comme une sorte d'antichambre du procès, l'atteinte à la présomption d'innocence est en outre accentuée par le fait que le recours à cette mesure reste très élevé. La France compte en effet parmi les États européens dont les prisons sont le plus encombrées. Outre le recours important à cette mesure privative de liberté avant procès, l'autre écueil tient à sa durée. Sur ce point, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies considère qu'une durée excessive de la détention provisoire porte atteinte à la présomption d'innocence et constitue une violation du paragraphe 2 de l'article 14 du Pacte international aux droits civils et politiques.[33] La France, quant à elle, est régulièrement condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme en raison de durées excessives de détention provisoire.[34] L'inconventionnalité tient notamment à la prévision de délais « butoir », voire « hypocrites »,[35] pouvant aller jusqu'à quatre ans.[36] Surtout, la Cour de cassation refuse de contrôler la conformité de la détention provisoire avec l'article 5§3 de la Convention, jugeant que l'estimation du caractère raisonnable est une question de fait

[31] CEDH, 22 avr. 2010, req. n° 29808/06, *Chesne c/ France*.
[32] C. proc. pén., art. 716-4.
[33] CDH, constatations du 23 oct. 2001, *Cagas, Wilson et Astillero c. Philippines,* communication n° 788/1997, Âò 7.3.
[34] V. par ex. : CEDH, 26 juin 1991, req. n° 12369/86, *Letellier c/ France ;* 27 nov. 1991, req. n° 12325/86 et 14992/89, *Kemmache c/ France ;* 9 nov. 1999, req. n° 37786/97, *Debboub c/ France ;* 20 mars 2001, n° 33591/96, *Bouchet c/ France ;* 6 janv. 2004, req. n° 50268/99, *Rouille c/ France ;* 31 mai 2005, req. n° 57547/00 et 68591/01, *X. c/ France*.
[35] V. M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale,* PUF, coll. Droit fondamental, 2001, p. 624, relevant que le législateur s'attelle à réduire la durée de la détention provisoire dans un cadre de « complexité et d'hypocrisie ».
[36] C. proc. pén., art. 145-1 et 145-2.

qui échappe à son contrôle.[37] Une telle solution heurte la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et explique que certaines détentions, pourtant validées en droit interne, soient ainsi sanctionnées par les juges européens. Plus encore, la Cour de cassation refuse de sanctionner la violation du droit à un délai raisonnable par l'ouverture d'un droit à annulation de la procédure, l'individu devant se contenter du droit d'obtenir une indemnisation.[38] Il serait pourtant envisageable de considérer que les violations des garanties offertes par la Convention européenne puissent par principe constituer une source de nullité substantielle,[39] sur la base de l'article 171 du Code de procédure pénale selon lequel « il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ». L'origine conventionnelle de l'exigence de délai raisonnable lui confère sans nul doute un caractère substantiel qui pourrait justifier que sa violation constitue une cause de nullité.

La durée de la détention provisoire et le respect de la présomption d'innocence sont ainsi inévitablement liées : moins la première sera longue, plus la protection de la seconde sera assurée.

Outre la mesure de détention provisoire, l'autre dispositif portant intrinsèquement atteinte à la présomption d'innocence est celui qui consiste, lors de l'audience, à recourir à des box vitrés au sein desquels les prévenus sont installés. La Cour européenne des droits de l'homme estime qu'un tel dispositif ne constitue pas en lui-même un traitement inhumain et dégradant, considérant que « toute mesure restreignant la participation de l'accusé à la procédure ou limitant sa communication avec ses avocats ne devra être imposée que pour autant qu'elle est nécessaire, et devra être proportionnée aux risques propres à l'affaire ». Les juges européens procèdent à un examen *in concreto* en s'assurant que la pratique du box vitré est justifiée par « un risque pour la sécurité ou par des problèmes d'ordre dans le prétoire ».[40] En France, le Conseil d'État a jugé que le recours au box vitré n'a ni pour objet ni pour effet d'instaurer une présomption de culpabilité à l'égard des prévenus et des accusés. Il ajoute que ce dispositif est décidé par la juridiction compétente sous le contrôle de la Cour de cassation.[41] En effet, la chambre criminelle s'en remet au pouvoir souverain d'appréciation des juges et précise que dès lors que l'accusé a pu communiquer avec ses

[37] V. not. : Cass. crim., 14 mars 2006, *Bull. crim*. n° 68 ; 17 déc. 2002, n° 02-86533, inédit ; 3 juin 2003, *Bull. crim*. n° 111.
[38] Cass. crim., 24 avr. 2013, *Bull. crim*. n° 100 ; 26 sept. 2001, *Bull. crim*. n° 190 ; 3 févr. 1993, *Bull. crim*. n° 57 ; v. récemment : Cass. crim., 9 nov. 2022, n° 21-85655.
[39] En ce sens, v. F. Fourment, *Procédure pénale,* Larcier, coll. « Paradigme », 14e éd., (2013) n° 84.
[40] CEDH, 4 oct. 2016, req. 2653/13 et 60980/14, *Yaroslav Belousov c/ Russie ;* CEDH, 28 nov. 2017, req. n° 19327/13, *Kavkazskiy c/ Russie*.
[41] CE, 6/5 CHR, n° 418694, 21 juin 2021.

avocats, aucun grief ne peut être invoqué[42] – ainsi, selon elle, la preuve d'une atteinte à la présomption d'innocence n'est pas rapportée. Si le droit français s'accommode de ce dispositif, il paraît néanmoins utile de rappeler que ce mode de comparution ne peut être interprété par le jury ou par le public comme une présomption de culpabilité du mis en cause.[43]

En définitive, la présomption d'innocence, dont l'effectivité est recherchée par le biais de garanties et principes directeurs du procès pénal, s'envisage avant tout comme un objectif, une fiction antinomique avec nos dispositifs de contrainte. Le second aspect lié à l'identification des maux et difficultés liées au respect du principe de présomption d'innocence tient au défi que représente pour l'État de droit une telle protection, compte tenu des atteintes qui y sont désormais portées par voie de presse ou de communication électronique.

II. Un défi

« Le mélange de vrai et de faux est énormément plus toxique que le faux pur », selon l'écrivain Paul Valéry.[44] Libérer les mots, la parole, pose la question du doute, de la véracité. Il s'agit en effet de libérer la parole, non de la sacraliser. Se pose dès lors la question du poids des mots et des contours à tracer autour de la liberté d'expression, liberté que l'on justifie au nom de la cause poursuivie mais qui n'est pas sans incidence sur le respect de la présomption d'innocence (1.). L'autre défi, ensuite, à relever est celui de la communication autour de la justice en vue de préserver la présomption d'innocence (2.).

1. Présomption d'innocence et liberté d'expression

La problématique de la présomption d'innocence confrontée à la liberté d'expression peut, doit, être abordée sous l'angle du mouvement de libération de la parole qui s'est propagé depuis 2017 à travers le monde et les hashtags #metoo et #Balancetonporc. Les réseaux sociaux font en effet office de caisse de résonnance du point de vue des

[42] Cass. crim., 10 avr. 2019, n° 18-83053. En l'espèce, la cour d'assises avait jugé que la comparution de l'accusé dans un box sécurisé vitré était proportionnée et nécessaire, l'accusé, qui encourait une peine de réclusion criminelle à perpétuité et avait été placé en détention provisoire après s'être soustrait à la justice pendant quatre ans, étant renvoyé pour des faits d'assassinats en bande organisée et association de malfaiteurs, et pouvant lui permettre de communiquer librement et secrètement avec ses avocats. La position de la Cour de cassation a été confirmée quelques mois plus tard (Cass. crim., 30 oct. 2019, n° 19-80086).

[43] En ce sens, v. Guigou, *La présomption d'innocence : un défi pour l'État de droit,* 58.

[44] P. Valéry, *Carnets,* (Gallimard, 1894).

difficultés soulevées au regard du principe objet de notre étude. Au-delà, le cri d'alarme numérique permis par ce mouvement représente un défi pour le procès pénal lui-même : lorsque l'enceinte judiciaire laisse place au tribunal médiatique, ce sont les fondements même du droit à un procès équitable qui se trouvent ébranlés – le président de la République M. Emmanuel Macron s'est à cet égard inquiété d'une « forme d'ordre moral autoproclamé » et de « l'esprit de lapidation » régnant sur les réseaux sociaux.[45] Défi de la fameuse *cancel* culture mais aussi, en droit, difficultés de preuves tant du côté des victimes que de celui des personnes dénoncées, parole contre parole, mise au pilori des présumés coupables au point que la cause l'emporte parfois sur la vérité judiciaire.

La parole s'est ainsi libérée, au nom d'une nécessaire prise de conscience collective. Cela justifie-t-il tout pour autant ? Sous un angle juridique, le mouvement décrit se traduit par l'idée que l'expression publique se libère, laissant souffler un vent de dénonciation – voire de « délation » selon l'écrivain Frédéric Beigbeder, définissant le mouvement actuel comme « la seconde grande vague de délation en France depuis la Seconde Guerre mondiale ».[46] La question est délicate et l'on perçoit dès lors la balance entre la légitimité de la cause, la liberté d'expression et la protection de la vie privée et de la présomption d'innocence. Soit le fait jeté en pâture à la vue du public est exact, auquel cas l'information poursuit un but préventif visant à protéger de potentielles victimes de l'individu dénoncé. Soit le fait n'est pas avéré, et les conséquences peuvent être dramatiques pour la personne visée, dont l'honneur a été bafoué. Le droit s'empare de ces questions puisque ces dénonciations peuvent, selon la Cour européenne des droits de l'homme,[47] constituer une atteinte à la réputation des personnes relevant de leur droit au respect de la vie privée. Sous un angle pénal, des poursuites sont envisageables, notamment sur le fondement de la diffamation, et l'analyse de décisions rendues dans différentes affaires – trois en particulier – permettent de prendre la mesure de la difficulté. La première affaire est emblématique puisqu'elle concerne la mise en cause, sur le fondement de la diffamation, des propos d'une femme étant à l'origine du mouvement *#Balancetonporc*. Au mois d'octobre 2017, une journaliste française publiait en effet sur le réseau social Twitter : « #balancetonporc ! Toi aussi raconte en donnant le nom et les détails d'un harcèlement sexuel que tu as connu dans ton boulot. Je vous attends ». Quatre heures plus tard, un second message accompagnait le précédent : « Tu as de gros seins. Tu es mon type de femme. Je vais te faire jouir toute la nuit », en dévoilant l'identité de l'homme en question, qui allait donc « le premier porc ». La deuxième affaire concerne une jeune femme qui avait déclaré sur le site du journal *L'Express* avoir subi une agression sexuelle commise par un ancien ministre lors d'une représentation à l'opéra. La troisième affaire, dite *Baupin,* concerne une journaliste et un directeur de publication poursuivis sur le

[45] E. Macron, *Vœux à la presse,* 15 janv. 2020, à voir ici : https://www.youtube.com/watch?v=vWeDHxSPTHg (consulté le : 30.12.2022).
[46] F. Beigbeder, entretien accordé au magazine *Elle,* 29 déc. 2017.
[47] CEDH, Gr. ch., 7 févr. 2012, req. n° 39954/08, *Axel Springer AG c/ Allemagne*.

fondement de la diffamation, comme auteur et complice, pour avoir publié sur le site internet du média *Médiapart* deux articles relatant les témoignages de femmes ayant subi des harcèlements et agressions sexuelles de la part de l'ancien député.

Trois affaires, donc, et une question : la mise en cause d'un individu dans le cadre d'une campagne de dénonciation générale de faits d'infractions sexuelles constitue-t-elle une diffamation ou doit-elle bénéficier du principe de liberté d'expression ? Derrière cette interrogation, c'est bien le respect de la présomption d'innocence qui se trouve en jeu. Deux faits justificatifs peuvent faire obstacle à la caractérisation de la diffamation.[48] D'une part, l'*exceptio veritatis,*[49] délaissée par la pratique en raison des strictes conditions de mise en œuvre.[50] D'autre part, la bonne foi, d'origine prétorienne et qui requiert quatre éléments : un motif légitime d'information, une enquête sérieuse, la prudence dans l'expression et l'absence d'animosité personnelle.[51] Il revient alors aux juges de régler au cas par cas le conflit entre la liberté d'expression, le droit au respect de la vie privée et le droit à la présomption d'innocence, la Cour européenne des droits de l'homme requérant des magistrats de « *ménager un juste équilibre dans la protection de valeurs garanties par la Convention* ».[52]

En pratique, les tergiversations jurisprudentielles démontrent à quel point les contours demeurent incertains. Dans le cadre de l'affaire dite *Baupin,* qui donna lieu au premier procès en diffamation après le lancement du mouvement *#Balancetonporc,* le tribunal avait relaxé le journal *Médiapart*[53] sur la base de l'excuse de bonne foi, et condamné la partie civile pour plainte abusive. Au-delà des faits, cette affaire a eu un retentissement car en portant plainte pour diffamation malgré la prescription des faits, M. Baupin a pris le risque d'un procès public que les hommes politiques prennent généralement soin d'éviter. Les deux autres affaires ont prêté à discussion puisque la journaliste à l'origine du mouvement *Balancetonporc* a d'abord, en première instance, été condamnée pour diffamation, à défaut notamment de base factuelle suffisante pour bénéficier de l'excuse de bonne foi.[54] La jeune femme accusant l'ancien ministre a, de

[48] V. É. Raschel, Les justifications en droit de la presse, Les faits justificatifs spéciaux, La justification de la diffamation La bonne foi du diffamateur, in É. Raschel (dir.), *Droit de la presse,* (Lexbase, actualisé 2022).

[49] L. 29 juill. 1881, sur la liberté de la presse, art. 35.

[50] L. 29 juill. 1881, art. 35, al. 3 : « la vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne » ; v. E. Dreyer, *Droit de la communication,* (LexisNexis, Manuel, 2018) n^{os} 1154 et s.

[51] V. C. Bigot, *Pratique du droit de la presse,* 3^{e} éd., (Dalloz, 2020) nos 321 s. ; É. Raschel, JCl. Communication, fasc. 116, Diffamation – justification, 2022, nos 109 et s.

[52] CEDH, Gr. Ch. 7 févr. 2012, *Axel Springer AG c/ Allemagne,* préc., §§ 83-84.

[53] V. S. Lavric, Plainte pour diffamation de Denis Baupin : la relaxe de Mediapart, *Dalloz Actualité,* 2 mai 2019, évoquant les jugements du tribunal correctionnel de Paris du 19 avr. 2019.

[54] Dans le procès *Balancetonporc,* la journaliste qui a initié le hahstag a été condamnée pour diffamation à payer 15 000 euros de dommages et intérêts au plaignant au titre du préjudice moral, et à verser 5000 euros au titre des frais de justice – en relevant le caractère fort des termes employés et refusant d'entendre le terme de harcèlement au sens commun. Le tribunal avait par ailleurs rejeté l'argument

son côté, connu le même sort devant les juges de premier degré. La cour d'appel de Paris s'est ensuite prononcée dans ces deux affaires au cours de l'année 2021, en jugeant que les critères de bonne foi s'apprécient avec une moindre rigueur dès lors que les propos diffamatoires s'inscrivent dans un débat d'intérêt général sur la libération de la parole des femmes et reposent sur une base factuelle suffisante.[55] En particulier, les juges du fond ont fait primer le débat d'intérêt général « lancé sur la libération de la parole des femmes »,[56] et affirmé que les propos « visent à dénoncer les comportements à connotation sexuelle et non consentis de certains hommes vis-à-vis des femmes, afin que ces agressions physiques ou verbales très longtemps tolérées ou passées sous silence soient largement connues et ne puissent ainsi se perpétuer ».[57] Un an plus tard, la Cour de cassation a confirmé la position de la cour d'appel, écartant toute condamnation sur le fondement de la diffamation.[58]

La prise de position, de la part de la cour d'appel de Paris, puis de la Cour de cassation, interpelle. D'abord, il est assez ironique de voir la justice valider un processus de dénonciation qui se justifiait pour dénoncer les défaillances du système judiciaire. Surtout, elle peut laisser penser que la cause, assurément légitime, l'emporte parfois sur la vérité et le respect de la présomption d'innocence. La condition de bonne foi, à géométrie variable, impliquerait une appréciation différente en fonction de l'enjeu poursuivi. Que dire, encore de la notion d'intérêt général, notion floue et élastique tirée de la jurisprudence européenne ?[59] N'est-ce pas là libérer la parole sans aucune bride, aucun garde-fou ? L'on comprend néanmoins qu'exiger une base factuelle plus probante risquerait de briser les élans spontanés. Le principe le plus atteint à travers ce mouvement est ainsi, incontestablement, celui de la présomption d'innocence ; encore que certains réfutent toute idée de violation dès lors que le principe se limite à la sphère de l'enquête et de l'instruction – difficultés qu'appréhende le rapport du groupe de travail présidé par Mme la ministre É. Guigou.[60] Un autre revers de cette

des deux faits justificatifs, à défaut de pouvoir prouver la véracité des faits imputés et de base factuelle suffisante pour bénéficier de l'excuse de bonne foi. En manquant ainsi de prudence dans la formulation de son tweet, la journaliste a dépassé les limites de la liberté d'expression.

55 CA Paris, 2-7, 14 avr. 2021, n° 20/02248 ; CA Paris, 2-7, 31 mars 2021, n° 19/19081. Dans l'affaire mettant en cause le ministre, la cour d'appel reconnaît que les propos portent atteinte à son honneur et à sa considération. Dans la l'affaire Balancetonporc, la cour juge finalement que le tweet de la journaliste impute un harcèlement au sens commun non juridique, au sens de drague lourde, en sorte que cela porte également atteinte à l'honneur et à la considération.

56 CA Paris, 2-7, 14 avr. 2021, n° 20/02248.

57 CA Paris, 2-7, 31 mars 2021, n° 19/19081.

58 Cass. 1re civ., 11 mai 2022, n° 21-16156 ; Cass. 1re civ., 11 mai 2022, n° 21-16497.

59 Pour une critique à ce sujet, v. not. : B. Ader, Délimiter la liberté d'expression, c'est marcher sur un fil de crête, *Le Club des juristes,* 25 avr. 2021 ; C. Bigot, Intérêt général contre intérêts particuliers : comment appréhender la libération collective de la parole ?, *Le Club des juristes,* 25 avr. 2021 ; M. Burguburu, La consécration d'un « permis de diffamer » ?, *Le Club des juristes,* 25 avr. 2021.

60 Guigou, *La présomption d'innocence : un défi pour l'État de droit,* 66.

évolution consiste à remplacer le procès pénal portant sur la culpabilité de l'auteur mis en cause par le procès en diffamation.[61] À titre d'exemple, dans l'affaire mettant en cause l'ancien ministre, la femme à l'origine des accusations avait reproché à ce dernier dans la foulée de ses révélations, de ne pas avoir eu le courage de l'attaquer en diffamation, ce qu'il fera plus tard. Ne pas saisir la justice pourrait en effet être interprété comme un aveu de culpabilité de la part de la personne diffamée. Au-delà, le mouvement affecte les principes du secret de l'enquête et de l'instruction, du contradictoire, les droits de la défense ou encore la règle de la prescription. De même, l'égalité des justiciables se trouve fragilisée : qu'en est-il des victimes ne bénéficiant pas de contacts médiatiques, éditoriaux, ni davantage d'une communauté de *followers* de portée significative ? Cette inégalité est de nature à conforter chez elles un sentiment d'impuissance : d'un côté, la justice est décriée comme étant inefficace, de l'autre, les relais sociaux peuvent être très limités. Certaines paroles « portent », d'autres non ; que reste-t-il, alors ?

Ces divers éléments cristallisent, en somme, la délicate conciliation des principes en jeu, exercice que résumait le magistrat Jean-Yves Monfort de la manière suivante : « tracer les limites de la liberté d'expression c'est comme entrer dans un magasin de porcelaine ».[62]

Le second défi, ensuite, est désormais celui de la communication judiciaire et relative à la justice, qui participe de l'apprentissage des principes fondamentaux de procédure pénale.

2. Présomption d'innocence et communication, dernier point

L'originalité du mouvement de libération de la parole tient à ce qu'il dépasse la seule vertu thérapeutique de la parole pour porter une revendication : celle d'un besoin de justice et de moyens de lutte. Après les déferlantes *Metoo* et *Balancetonporc,* de nombreux articles, reportages, ont dénoncé les défaillances de la justice et de ses moyens. D'emblée, notons le paradoxe résultant de ce que la parole formule une exigence de justice mais passe hors les murs des tribunaux. À cet égard, l'affaire « Adèle Haënel » illustre le propos : si le témoignage diffusé sur les réseaux sociaux a sonné comme une véritable déposition, l'actrice a, dans le même temps, refusé de saisir la justice au nom d'une violence systémique faite aux femmes dans le système judiciaire.[63] Un autre paradoxe résulte de la défiance envers l'autorité judiciaire, liée à une méconnaissance de son

[61] En ce sens, A. Lepage, La bonne foi du diffamateur à l'ère de la libération de la parole, *Comm. com.,* électr. 2021, comm. 45.

[62] Propos cité par Me B. Ader, in Délimiter la liberté d'expression, c'est marcher sur un fil de crête, *Le Club des juristes,* 25 avr. 2021 ; C. Bigot, Intérêt général contre intérêts particuliers : comment appréhender la libération collective de la parole ?, *Le Club des juristes,* 25 avr. 2021 ; Burguburu, La consécration d'un « permis de diffamer » ?

[63] En ce sens, v. également D. Salas, #MeToo : Le procès pénal n'est pas construit pour être un lieu d'écoute de la seule victime, *Le Monde,* 25 nov. 2019.

fonctionnement, alors que, dans le même temps, la justice suscite un intérêt grandissant de la part de la société. Si les citoyens s'expriment de plus en plus librement sur les affaires en cours, des difficultés peuvent néanmoins émerger. Les Conférences nationales des procureurs de la République et des procureurs généraux souligne ainsi : « il n'est pas rare de constater dans le traitement de l'information que la présomption d'innocence est trop souvent transformée en présomption de « culpabilité » mais que quelques mois ou quelques années plus tard, si la personne est « mise hors de cause » [...] la part d'audience consacrée à cette évolution procédurale est réduite, voire inexistante ».[64]

Le propos doit, avant tout, être nuancé. Il ne s'agit pas, en effet, de nier la légitimité ni la nécessité du travail des journalistes. Dans bien des hypothèses, c'est grâce au travail des journalistes qu'ont pu être révélées des affaires, permettant à la justice de s'en saisir. Cela étant précisé, la dérive provient de la tendance de la justice à verser dans le spectacle, par l'entremise des journalistes et d'un « tribunal médiatique ». Or le droit pour le public d'être informé et le refuge de l'intérêt général ne doivent pas conduire à une forme d'impunité. Maître Hervé Temime souligne ainsi : « Ce qui est inquiétant, c'est que la valeur des causes défendues porte atteinte au respect des principes fondamentaux »,[65] comme s'il était légitime, aux yeux du public, de tout dévoiler au nom de la lutte poursuivie. L'impact n'est pas négligeable : le public demeure marqué par la première information ; peu importe qu'une décision réhabilite par la suite la personne mise en cause. Plus encore, cette diffusion d'informations entraîne des effets pernicieux et une course à l'information – M. Éric Dupond-Moretti, alors avocat, dénonçait dans un ouvrage les dérives du système judiciaire français qui contraint l'avocat de s'engager dans un processus de démonstration d'innocence.[66] En outre, trop d'information tue l'information, en quelque sorte, et conduit à de la désinformation : diffuser des informations issues de l'instruction sans s'interroger sur le point de savoir si cela ne profite pas à la source à l'origine de la fuite, cela revient en effet à désinformer et nuit à l'objectif – à l'objectivité – des débats.[67] Enfin, la médiatisation d'un dossier, causant un trouble à l'ordre public, risque de peser sur la décision du magistrat – l'on garde en tête les dérives de l'affaire d'Outreau et de la plus grande erreur judiciaire que la France ait connu, qui conduira d'ailleurs le législateur à proscrire la mise en détention provisoire sur le seul fondement d'un trouble causé par le retentissement médiatique d'une affaire.[68] Si l'on réfléchit aux évolutions possibles et enjeux poursuivis, deux axes doivent être privilégiés.

[64] Le propos est cité par le groupe de travail dans le rapport sur la présomption d'innocence précité (Guigou, *La présomption d'innocence : un défi pour l'État de droit,* 47.).
[65] Entretien avec H. Témime, *Libération*, 28 et 29 déc. 2019.
[66] É. Dupond-Moretti et S. Durand-Souffland, *Bête noire. Condamné à plaider,* éd. Michel Lafon, coll. J'ai lu, (2012) 78.
[67] En ce sens, v. V. Brengarth, La justice a besoin du secret de l'instruction, *La Croix,* 24 janv. 2019.
[68] C. proc. pén., art. 144.

Il s'agirait, d'abord, d'améliorer la *communication des acteurs de justice.* L'alinéa 3 de l'article 11 du Code de procédure pénale demeure un texte de compromis, qui révèle bien des ambivalences. À cet égard, il est possible de se demander si le ministère public, en tant qu'autorité poursuivante et non indépendante, se trouve le mieux placé pour communiquer, *a fortiori* dans des affaires politiques. C'est soulever là la même ambivalence – sinon schizophrénie – d'un parquet que l'on sait désormais devoir enquêter à charge et à décharge.[69] Pourquoi ne pas faire appel à un acteur tiers et indépendant, tel que, pourquoi pas, le juge des libertés et de la détention ou encore un communicant spécialement désigné ? Ensuite, l'on peut s'interroger sur la notion de « personnes mises en cause » prévue par le texte.[70] Qui cela vise-t-il ? Cela renvoie-t-il aux définitions juridiques des personnes impliquées[71] – suspect au stade de l'enquête, personne visée par un réquisitoire introductif, par une plainte avec constitution de partie civile, mis en examen – ou également aux personnes visées, mises en cause par les médias ? Enfin, le parquet est libre de choisir les informations qu'il décide, sans qu'aucun recours, contradiction, ni respect des droits de la défense ne soient prévus.[72] Or, d'une part, la communication dépend de la bonne volonté du procureur de la République, tous n'ayant pas les mêmes usages ou la même aisance dans la communication : il n'existe pas, sur ce point, de pratiques harmonisées. D'autre part, le risque est de voir le texte détourné de sa finalité et de permettre au magistrat d'imposer sa vérité, tant les notions de « trouble à l'ordre public » et d'« éléments objectifs », visées par l'article 11 du Code de procédure pénale, apparaissent vagues. La Cour européenne des droits de l'homme affirme pourtant que les autorités publiques doivent pouvoir renseigner le public sur les affaires pénales en cours, à la condition qu'elles le fassent « avec toute la discrétion et toutes les réserves que commande la présomption d'innocence[73] ».

Partant de ces constatations et de ces réflexions, l'enjeu est dès lors de professionnaliser la communication judiciaire. Cela suppose notamment de revoir le moment de cette communication : quand communiquer, quels mots employer ? Pourquoi ne pas introduire tous les six mois des audiences publiques en présence des individus concernés ? Ou lever, ponctuellement, le secret sur certains actes d'enquête ?[74]

[69] C. proc. pén., art. 39-3, créé par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016.

[70] Sur ce point, v. V. Peltier, Le traitement de l'information pendant l'instruction préparatoire, (2008) (9) *Dr. pén.,* ét. 16.

[71] Visées par un réquisitoire introductif, par une plainte avec constitution de partie civile ou, au stade de l'enquête, par une simple plainte.

[72] V., sur ce point, J. Francillon, Liberté d'expression, dignité de la personne et présomption d'innocence, (2001) (1) *Revue pénit.,* 195 et s., spéc. 210 ; H. Leclerc, Présomption d'innocence et droits des victimes, (2000) 4 (174) *Légipresse,* 87, spéc. 88 : l'auteur déplore le fait que tous les acteurs « ne se voient pas accorder un droit identique » et estime que l'ensemble du dispositif est « assez confus ».

[73] CEDH, 10 févr. 1995, req. n° 15175/89, *Allenet de Ribemont c./ France,* § 36.

[74] En ce sens, v. C. Pilorget-Rezzouk, Instruction : un secret qui n'en a que le nom*, Libération,* 11 août 2019 : la journaliste évoque de telles propositions émises par M. J.-P. Deniau, chef du service Enquêtes Justice chez France Inter et président de l'association confraternelle de la presse judiciaire (APJ), lequel regrette que l'« on dépend[e] encore de la bonne volonté du magistrat et de sa compréhension de la nécessité à communiquer ».

Faut-il prévoir des fenêtres de tirs obligatoires de communication ? L'article 11 du Code de procédure pénale emploie le verbe *pouvoir,* pourquoi ne pas le remplacer par *devoir* pour imposer cette communication ? Le parquet doit-il être le seul à pouvoir s'exprimer ? La presse, en outre, peut parfois supputer, à tort. Le procureur peut-il, doit-il, en ce cas intervenir pour un rappel à l'ordre et préciser qu'il n'y a en l'état aucune charge ? À l'occasion d'une contribution consacrée à l'idée de « management » de la Justice,[75] le professeur Dominique Rousseau fait très justement référence à ce qu'il appelle l'éthique « communicationnelle » du magistrat, c'est-à-dire la manière dont celui-ci produit sa décision – expression que l'on peut par ailleurs rapprocher de « l'agir communicationnel », théorisé par M. Habermas et qui défend les vertus d'une « discussion rationnelle » au moyen d'un certain nombre de règles et de garanties.[76] Si l'on établit un parallèle avec notre propos, l'article 11, alinéa 3, offre précisément l'une de ces garanties : parce que le magistrat peut maîtriser la communication des éléments relatifs à l'enquête en cours, le dispositif participe de la fiabilité et de la crédibilité de l'information donnée. Il faut dans cette perspective se réjouir, par exemple, qu'un pôle de communication judiciaire ait été créé au sein de l'École nationale de la magistrature. Le rapport présidé par Mme la ministre Élisabeth Guigou préconise, quant à lui, d'améliorer la communication judiciaire au niveau national mais aussi local au sein des cours d'appels afin de rendre la justice plus visible et surtout plus compréhensible.[77]

L'autre défi, ensuite, serait celui de l'amélioration de la *communication des journalistes.* Malgré les précautions du législateur, ce ne sont pas les dérapages ou maladresses des magistrats qui sont en réalité le plus à craindre mais ceux des médias, face auxquels le mis en cause, le « présumé coupable », paraît bien démuni. Cela est d'autant plus paradoxal que la création, en 1958, de l'article 11 du Code de procédure pénale et l'affirmation solennelle du principe du secret de l'enquête et de l'instruction résultent de la volonté des parlementaires de lutter contre les dérives de la presse : c'est en effet à la suite d'un scandale lié au traitement médiatique d'un homicide[78] qu'est apparue la nécessité de réagir et qu'a été rédigé l'article 11, né, comme le relève à l'époque un auteur, « d'un choc affectif[79] ».

[75] D. Rousseau, Exigences constitutionnelles de l'indépendance de la justice et exigences managériales, in B. Frydman et E. Jeuland (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges,* (Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2011) 57 et s.

[76] J. Habermas, (1985), *Théorie de l'Agir Communicationnel,* trad. J.-M. Ferry et J.-L. Schlegel, (Fayard, Paris, 1987). Pour aller plus loin, v. not. É. Challe, Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit, (1999) 3 (9) *Le Philosophoire,* 212, disponible sur le site www.cairn.info.fr (consulté le 30.12.2022), https://doi.org/10.3917/phoir.009.0175

[77] Guigou, *La présomption d'innocence : un défi pour l'État de droit,* 49 s.

[78] Une jeune fille et son fiancé avaient été assassinés dans les bois de Saint Cloud le 21 décembre 1956 dans des conditions émouvantes. La presse avait alors recherché « les gros titres », à la recherche du scandale pour favoriser les ventes ; des commentaires particulièrement violents avaient été livrés au public.

[79] J. Granier, L'article 11 du Code de procédure pénale. Quelques réflexions sur le secret d'information, (1958) 1 *JCP G,* 1453.

L'enjeu primordial réside en définitive dans la *qualité* de l'information diffusée. Comment y remédier ? En sensibilisant, d'abord, les journalistes par le biais de formations qui leur permettent d'avoir une meilleure connaissance du fonctionnement de la justice, ce que préconisait déjà le rapport *Viout* établi à la suite de l'affaire *d'Outreau*.[80] Pourquoi ne pas revoir, également, le vocabulaire juridique ? La notion de soupçon, d'indices ou de mise en examen porte déjà un coup à la présomption d'innocence, laquelle prend les traits de la fiction, selon un auteur,[81] même si le terme d'inculpé – que l'on entend ou lit malheureusement encore parfois – a été supprimé par la loi précitée du 15 juin 2000. La notion qui pourrait convenir est celle de « personne présumée innocente ».[82] Combien de fois n'a-t-on pas entendu l'expression « terroriste présumé » ? Améliorer la communication des journalistes suppose enfin de développer, dans l'apprentissage, une véritable culture du doute – la formule d'Henri Donnedieu de Vabres ne dit pas autre chose : « *Il faut faire du doute une méthode, sinon du scepticisme un dogme*[83] ». Outre la sensibilisation des journalistes à une information de qualité, l'évolution suggérée invite à revoir le champ de l'information nécessaire, en misant pour cela sur la déontologie de la profession. L'identité de la personne, par exemple, est-elle une information utile ? En 1958, déjà, au lendemain de la création de l'article 11 du Code de procédure pénale, un auteur recommandait de contraindre les journalistes à taire les noms et de leur interdire de publier les photographies des personnes impliquées.[84] La surmédiatisation n'entraîne-t-elle pas, en outre, une dévaluation du procès ? Quel sens peut avoir en effet la peine lorsqu'un individu a déjà été vilipendé sur la place publique ? Telle était d'ailleurs notamment la ligne de défense de Maître Éric Dupond-Moretti dans l'affaire *Cahuzac,* plaidant le fait que le prévenu avait déjà payé le lourd tribut de la perte de son honneur et de sa réputation. Pourquoi, également, ne pas imposer aux médias qui publient des informations de les accompagner d'un avis précisant que celles-ci résultent d'investigations personnelles, sans aucune certitude que

[80] *Rapport du Groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau »,* La Documentation française, 8 février 2005, préconisations n° 56 (« Mettre à disposition des journalistes accrédités un exemplaire des ordonnances et arrêts de mise en accusation ») et n° 57 (« confier à un membre du ministère public les fonctions de magistrat référent-presse à l'occasion de la tenue de tout procès d'envergure ou connaissant un retentissement médiatique »).

[81] Detraz, La prétendue présomption d'innocence ; Parizot, Présomption d'innocence versus marqueurs de culpabilité : quel équilibre ?

[82] V. A. Coche, Rendre effective la présomption d'innocence : l'obsession de l'avocat, le devoir du juge, (2016) *AJ pén.,* 122. Selon cet auteur, le juge d'instruction ne dirait plus « Je vous mets en examen », mais « L'ouverture d'une procédure pénale me conduit à vous présumer innocent ». Le juge d'instruction ne dirait plus « Je vous mets en examen », mais « L'ouverture d'une procédure pénale me conduit à vous présumer innocent ».

[83] H. Donnedieu de Vabres, Préface de l'ouvrage *Histoire de la folie,* B. Casinelli, de Bocca Frères éditeurs, (Paris, 1939).

[84] Granier, L'article 11 du Code de procédure pénale. Quelques réflexions sur le secret d'information.

le juge dispose des mêmes éléments ou adopte un point de vue identique ?[85] L'on voit, à cet égard, certains médias préciser, à l'aide d'un petit astérisque figurant aux termes d'un article, que la personne mise en cause demeure présumée innocente. Il faut en outre saluer la création, le 2 décembre 2019, d'un Conseil de déontologie journalistique et de médiation (CDJM), organe professionnel d'autorégulation, indépendant de l'État, destiné tout particulièrement à servir d'« instance de médiation et d'arbitrage entre les médias, les rédactions et leurs publics ». Ce conseil a vocation à constituer également un espace « de réflexion et de concertation pour les professionnels et de pédagogie envers les publics », par exemple en matière de lutte contre les fausses informations.[86]

Enfin, à la lumière de la jurisprudence étudiée, la dernière question soulevée est la suivante : faut-il favoriser une coopération en permettant aux journalistes d'assister aux perquisitions ? Dans sa décision précitée du 2 mars 2018, le Conseil constitutionnel a invité le législateur à intervenir s'il souhaite autoriser la captation par un tiers du son et de l'image à certaines phases de l'enquête et de l'instruction, dans des conditions garantissant le respect des exigences constitutionnelles. Au demeurant, les reportages ont l'avantage de développer une culture juridique que l'on reproche précisément aux citoyens, parfois, de ne pas avoir. Il apparaît ainsi légitime de se poser la question de la présence du journaliste, en limitant pourquoi pas les éléments auxquels celui-ci aurait accès. Une telle évolution paraît cependant difficilement soutenable tant que sera refusée la présence de l'avocat lors d'une perquisition, présence qui offrirait alors la garantie à l'individu de s'opposer, le cas échéant, à celle des journalistes.

C'est en somme une relation intelligente et de confiance qu'il convient de tisser, en gardant à l'esprit que vérité médiatique et vérité judiciaire diffèrent, et en s'en remettant à la sagesse de Marc Aurèle : « Tout ce que nous entendons est une opinion et non un fait. Tout ce que nous voyons est une perspective et non la vérité ».[87]

[85] En ce sens, v. M.-L. Rassat, *Procédure pénale,* 3e éd., (Ellipses, 2017) 540., https://doi.org/10.14375/NP.9782340018426

[86] *Le Monde,* « Un conseil de déontologie journalistique sera créé en décembre », 25 nov. 2019.

[87] M. Aurèle, *Pensées pour moi-même.*

Mohácsi, Barbara*

Das Rechtsmittelsystem im ungarischen Strafverfahren

Abstract

In the Hungarian law, the purpose of criminal proceedings is to find out the "material truth". The possibility of the double appeal serves to achieve this goal. There is no guarantee of achieving the "perfect" decision, so there must be a limit for the correction of court decisions. This appears in the regulation of procedure on the second and third instance, as well as extraordinary legal remedies.

Keywords: legal remedies, material justice, rule of law, appeal, repeal (in absolute procedural infraction), review of the court decision, extraordinary legal remedies, legal force

I. Einleitung – das Recht auf Rechtsmittel

Die Funktion von Rechtsmitteln ist im Allgemeinen die Korrektur einer fehlerhaften Entscheidung und damit die Herstellung von Richtigkeit oder Gerechtigkeit. Nachteile von Rechtsmitteln sind die überlange Prozessdauer und damit eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des strafprozessualen Systems. Zur Lösung dieses Konflikts werden einerseits Schlichtungsmöglichkeiten und einvernehmliche Verfahrenslösungen im Strafprozess verstärkt genutzt. Anderseits ist es wichtig die Balance zwischen den konkurrierenden Interessen – die Erreichung der richtigen, fehlerfreien Entscheidung aber innerhalb einer absehbaren Zeit in einem fairen Verfahren – zu finden.

Es ist auch wichtig zu berücksichtigen, dass das Recht auf Rechtsmittel national und international anerkannt ist. Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) garantiert im Artikel 13 das Recht auf eine wirksame Beschwerde, aber dieser Artikel sieht nur ein allgemeines Recht auf Rechtmittel vor. Das Protokoll Nr. 7 zur EMRK[1] garantiert in Artikel 2 Rechtsmittel in Strafsachen. Dieser Artikel regelt speziell das Recht

* Mohácsi, Barbara (PhD) is assistant professor at University of Eötvös Loránd, Faculty of Law, Department of Criminal Procedures and Correction.

[1] Vom 22. November 1984.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.17.225

auf Rechtmittel in Strafsachen.[2] Ein weiterer wichtiger Unterschied besteht darin, dass Artikel 13 EMRK das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nicht ausdrücklich gegen gerichtliche Entscheidungen vorsieht. Artikel 13 schreibt nicht ausdrücklich vor, dass das Recht auf eine wirksame Beschwerde auch das Recht den Fall vor einer zweiten Instanz, einem Berufungsgericht, verhandeln zu lassen beinhaltet.[3]

Artikel 2 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK erkennt das Recht einer verurteilten Person an, dass ihr Urteil von einem höheren Gericht sowohl im Hinblick auf Schuld als auch auf die rechtlichen Konsequenzen, die Sanktionen, überprüft werden kann. Die Gründe und die ausführlichen verfahrensrechtlichen Regelungen der Urteilsprüfung sind in den nationalen Rechtsordnungen geregelt. Es liegt im Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten[4] die Rechtsvorschriften über die Urteilsprüfung zu erlassen, deshalb können die Rechtsmittel von Land zu Land und von Rechtssystem zu Rechtssystem unterschiedlich sein. In einigen nationalen Rechtsordnungen behandelt die Urteilsprüfung hauptsächlich Rechtsfragen, in anderen Rechtsordnungen können neben der Prüfung der Rechtsfragen auch die Sachverhalte revidiert und neue Tatsachen oder Tatsachenelemente durch Beweiserhebung festgestellt werden. Nach der Ansicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte muss das Recht auf Einlegung eines Rechtsmittels allen zugänglich sein. Die verfahrensrechtlichen Regelungen und Fristen müssen klar und eindeutig sein.[5] Ein weiterer wichtiger Punkt ist, dass das Rechtsmittel effektiv und wirksam sein muss.[6] Der Verurteilte hat jedoch nicht immer das Recht, die Überprüfung seines Urteils zu beantragen. Die Beschränkung muss einem legitimen Zweck dienen und darf den Wesensgehalt des Rechts auf Einlegung eines Rechtsmittels nicht beeinträchtigen. Das Recht auf Einlegung eines Rechtsbehelfs kann in bestimmten Fällen beschränkt werden. Der erste Fall ist beispielsweise, wenn der Gegenstand des Strafverfahrens eine geringfügige Straftat war.[7] Eine andere Beschränkungsmöglichkeit

[2] In diesem Zusammenhang stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fest, dass die Rechtsmittel auf der Grundlage von Artikel 2 des Zusatzprotokolls Nr. 7 EMRK geprüft werden könnten, wenn das Verfahren einen strafrechtlichen Charakter hätte, und nicht Artikel 13 Grundlage für die Prüfung ist. *Ravnsborg v. Sweden,* den 23. März 1994., no. 14220/88.

[3] *Kopczynski v. Poland,* den 1. Juli 1998., no. 28863/95; *Csepyová v. Slovakia,* den 14. Mai 2002., no. 67199/01.

[4] *Hubner v. Austria,* den 31. August 1999., no. 34311/96.

[5] *Kakabadze and Others v. Georgia,* den 2. Oktober 2012., no. 1484/07; *Galstyan v. Armenia,* den 15. November 2007., no. 26986/03.

[6] Der Gerichtshof stellte fest, dass ein Verstoß gegen die Konvention vorlag, wenn über die Berufung eines verurteilten Angeklagten nach Vervollständigung seines Urteils entschieden wurde, was nach Auffassung des Gerichts keine wirksame Berufung darstellte. *Shvydka v. Ukraine,* den 30. Oktober 2014., no. 17888/12; *Tsvetkova and others v. Russia,* den 10. April 2018., no. 54381/08; *Martynyuk v. Russia,* 2019. október 8., no. 13764/15. Der Gerichtshof stellte jedoch keinen Verstoß gegen die Konvention fest, wenn die Vollstreckung der verurteilten Person angeordnet wurde, weil die verurteilte Person Ausländer war und keinen Wohnsitz in dem Land hatte, in dem sie verfolgt wurde. *Firat v. Greece,* den 9. November 2017., no. 46005/11.

[7] Was eine geringfügige Straftat darstellt, sollte allgemein und nicht von Fall zu Fall definiert werden. Daraus folgt, dass nicht die gegen den Einzelnen verhängte Sanktion entscheidend ist, sondern die

liegt vor, wenn der Fall des Beklagten in erster Instanz vor dem obersten Gerichtshof verhandelt wurde. Da das Recht auf Rechtsmittel bei einem höheren Gericht in diesem Fall nicht gewährleistet werden kann, kann das Recht auf Rechtsmittel auch in einem solchen Fall eingeschränkt werden.

Nach der kurzen theoretischen Einführung möchte ich kurz vorstellen, wie die oben beschriebenen Grundsätze im ungarischen Strafprozess gelten. Mein Ziel ist nicht die Darstellung der detaillierten Regelungen des Rechtsmittelsystems im ungarischen Strafverfahren, sondern den Zusammenhang zwischen der Rechtsstaatlichkeit und dem strafprozessualen Rechtsmittelsystem zu illustrieren.

II. Das Ziel des Strafverfahrens

Zu Beginn der Darstellung des ungarischen strafprozessrechtlichen Rechtsmittelsystems ist es erforderlich die erforderlich, die Frage zu beantworten, was *das Ziel des Strafverfahrens* ist. Grundsätzlich existieren zwei konkurrierende Grundprinzipien, die den Aufbau und das Funktionieren des Rechtsmittelsystems im Strafverfahren beeinflussen. Das eine Grundprinzip ist die *Rechtssicherheit,* nach der das Strafverfahren innerhalb einer angemessenen/vorhersehbaren Zeit beendet werden soll. Das ist ein grundlegendes Interesse aller am Strafprozess Beteiligten, also nicht nur des Angeklagten, sondern auch der Opfer oder Zeugen. Das andere Grundprinzip ist *die materielle Gerechtigkeit.* Das Ziel des Strafverfahrens ist die Herbeiführung einer gerechten Entscheidung. Am Ende des Strafverfahrens soll ein Urteil stehen, was die echte Wahrheit enthält. Beide Grundprinzipien knüpfen sehr eng an die Rechtsstaatlichkeit an. Rechtssicherheit ist ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips. Die Herstellung der materiellen Gerechtigkeit im Strafverfahren ist die Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Es ist eine rechtspolitische Frage welches Grundprinzip der Gesetzgeber „wählt".

Im Folgenden möchte ich den Zusammenhang zwischen der Rechtsstaatlichkeit und dem System des strafprozessualen Rechtsmittels illustrieren. Wenn die Rechtssicherheit im Mittelpunkt steht, bedeutet dies, dass die Verletzungen oder die Verfahrensfehler in geringerem Maße korrigiert werden können. Im Gegensatz dazu: wenn die Erforschung der materiellen Gerechtigkeit, der materiellen Wahrheit, und die fehlerfreie Entscheidung Priorität ist, dann setzt es ein umfassendes Rechtsmittelsystem voraus. Der ungarische Gesetzgeber betrachtet das zweite Grundprinzip als bedeutsamer,

in dem Strafgesetzbuch festgestellte Strafe für die dem Verfahren zugrundeliegende Handlung. Ein sehr wichtiges Kriterium ist, ob eine Tat mit Gefängnisstrafe bestraft werden kann oder nicht. Die Bewertung der Schwere der Geldstrafe ist von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat sehr unterschiedlich. *Grecu v. Romania,* den 30. November 2006., no. 75161/01.

weshalb die Verfahrensverletzungen weitgehend korrigiert werden können. Die ungarische StPO[8] regelt ein sehr kompliziertes und komplexes Rechtsmittelsystem.

Die Priorität der materiellen Gerechtigkeit beeinflusst *das Verhältnis zwischen den ordentlichen und außenordentlichen Rechtsbehelfen*. Auch wenn die Verletzungen des Verfahrens mit den ordentlichen Rechtsmitteln weitgehend korrigiert werden können, ist die Möglichkeit der Überprüfung von rechtskräftigen Urteilen nur begrenzt möglich. Umgekehrt: wenn die ordentlichen Rechtsmittel nur begrenzt angewendet werden können, bedarf es mehrerer Möglichkeiten das rechtskräftige Urteil zu korrigieren.

III. Grundfragen des Rechtsmittelsystems

Nach diesen theoretischen Grundlagen muss dargestellt werden, wie das ungarische strafprozessuale Rechtsmittelsystem aussieht. Durch die Beantwortung der sog. grundlegenden Fragen des Rechtsmittelsystems, kann ein Bild über die allgemeinen Merkmale des Rechtsmittelsystems herauskristallisiert werden. Die grundlegenden Fragen sind die Folgenden: Gibt es eigentlich Rechtsmittel? Wenn diese Frage mit „ja" beantwortet werden kann, muss klargestellt werden wie viele Rechtsmittel in der ungarischen Strafprozessordnung geregelt sind. Das nächste entscheidende Kriterium bei der Prüfung des Rechtsmittelsystems ist die Grundlage des Rechtsmittels, d.h. die Art des Fehlers im Strafverfahren. Eine weitere Frage ist, in welchem Umfang die Fehler überprüft und korrigiert werden können. Diese Fragen können durch den Umfang der Urteilsprüfung und die Entscheidungskompetenz der Gerichte beantwortet werden.

1. Gibt es eigentlich Rechtsmittel?

Nach Art. XXVIII Abs. 7 des ungarischen Grundgesetzes hat jede Person das Recht Rechtsmittel gegen Gerichts-, Behörden-, und andere Verwaltungsentscheidungen einzulegen, die ihr Recht oder berechtigtes Interesse verletzen. Diese Bestimmung des Grundgesetzes sieht – in Übereinstimmung mit den internationalen Dokumenten – das Recht auf Rechtsmittel im Allgemeinen vor. Demzufolge muss die Anfechtungsmöglichkeit der strafrechtlichen Entscheidungen garantiert werden.

[8] Das Gesetz Nr. XC. von 2017 über das Strafverfahren.

2. Wenn ja, wie viele?

Das ungarische Strafprozessgesetz regelt *ein zweistufiges ordentliches Berufungssystem*. Das ungarische Verfassungsgericht hat in seiner Entscheidung 9/1992. (I. 31.) festgestellt, dass die Erfordernisse des Rechts auf Rechtsmittel auch durch eine einstufige Berufung erfüllt würden, jedoch noch weitere Rechtsbehelfe gewährt werden können.

Gegen das erstinstanzliche Urteil kann in Rechtsfragen und Tatsachenfragen Berufung eingelegt werden. Die Möglichkeit der ersten Berufung ist weitgehend; Grenzen gibt es nur im Bereich der Beweiserhebung. Die zweite Berufung ist aber nur bei der Erfüllung der in dem Gesetz festgestellten Kriterien möglich. Das Strafverfahren dauert bis zu „zwei gewonnenen Spielen". Gegen ein zweitinstanzliches Urteil kann eine zweite Berufung nur dann eingelegt werden, wenn das erstinstanzliche und das zweitinstanzliche Urteil in der Schuldfrage (ob der Angeklagte schuldig ist oder nicht) unterschiedlich sind. Wenn es keinen Unterschied in der Schuldfrage zwischen der ersten und zweiten Instanz gibt, sind eine zweite Berufung und eine dritte Instanz nicht möglich. Die unterschiedliche Behandlung von den ersten und zweiten Berufungen entspricht der oben dargestellten Balance zwischen der Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit.

Die Frage, ob die zweite Berufung wirklich erforderlich ist oder nicht, ist nicht neu. Historisch hat schon die erste Strafprozessordnung im Jahre 1896 ein zweistufiges ordentliches Berufungssystem geregelt. In 1949 wurde eine einstufige Berufung eingeführt. Das zweistufige Berufungssystem wurde nur im Jahre 2006 wiedereingeführt, und es wird bis heute diskutiert, ob das zweistufige ordentliche Rechtsbehelfsystem in dem Strafverfahren wirklich notwendig ist.

3. Grundlage des Rechtsmittels

Grundlage des Rechtsmittels ist der Fehler des Strafverfahrens. Drei Arten von Fehlern können unterschieden werden. Erstens der „error in jure", die Verletzung der materiellstrafrechtlichen Regelungen; zweitens, der „error in facte", die Verletzung der Tatsache; und drittens, der „error in procedento", die Verletzung der strafprozessrechtlichen Regelungen. Die Grundlage des Rechtsmittels, die Art und Weise der Verletzung, bestimmt die Entscheidungskompetenz des zweit- und drittinstanzlichen Gerichts.

4. Umfang der Urteilsprüfung

Die Grundregel ist die *vollumfängliche Urteilsprüfung* sowohl in der zweiten- als auch der dritten Instanz. Das bedeutet, dass das Gericht das gesamte Urteil und Strafverfahren überprüft, und zwar unabhängig von den in der Berufung angegebenen Gründen.

In den im Gesetz ausdrücklich geregelten Ausnahmefällen ist *die Urteilsprüfung nur zum Teil* möglich. In diesen Fällen unterliegt das Urteil der gerichtlichen Überprüfung nur soweit es angefochten ist, zum Beispiel wenn von mehreren Angeklagten nur eine Berufung einlegt; in diesem Fall prüft das Gericht nur das Urteil dieses Täters. Ein anderes Beispiel betrifft die Zusatzfragen: wenn nur das Maß der Strafe angefochten wird, prüft das Gericht nur diese Frage beziehungsweise nur diesen Teil des Urteils (und nicht die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, da dies nicht angefochten war).

Die Urteilsprüfung kann aber auch in den Ausnahmefällen vollständig werden, wenn mit dem Urteil eine schwerwiegende Rechtsverletzung einhergeht. Eine schwerwiegende Rechtsverletzung kann beispielsweise in der Verletzung sog. absolut prozessrechtlicher Garantien liegen sein (die sog. absolute Revisionsgründe), wenn das Urteil automatisch aufgehoben werden muss. Beispiele für absolute Revisionsgründe sind sowohl der nicht erfolgte Ausschluss eines befangenen Richters, oder wenn die Hauptverhandlung in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft stattgefunden hat; oder wenn das Gericht der ersten Instanz zu Unrecht seine Zuständigkeit angenommen hat.

5. Entscheidungskompetenz

Zwei Arten der Entscheidungskompetenzen können unterschieden werden. Eine ist die kassatorische Entscheidungskompetenz, die andere ist die Reformation der Entscheidungen. Die *kassatorische Entscheidungskompetenz* bedeutet, wenn das Urteil aufgehoben und die Sache an das zuständige Gericht zurückverwiesen wird. In diesen Fällen muss das Verfahren wiederaufgenommen werden, weil die Verletzungen nicht in dem Rechtsmittelverfahren korrigiert werden können. Das andere ist die *reformatorische Entscheidungskompetenz,* wenn das Gericht der zweiten oder dritten Instanz das angefochtene Urteil selbst korrigieren kann. Es gibt aber Grenzen bei der Änderung zum Nachteil des Angeklagten.

Die Entscheidungskompetenz des Gerichts der zweiten und dritten Instanz hängt davon ab, welche Fehler die angefochtene Entscheidung hatte. Die folgende Tabelle zeigt, mit welcher Entscheidungskompetenz die verschiedenen Verletzungen korrigiert werden können.

Tabelle 1. Die Entscheidungskompetenz der Gerichte in dem Rechtsmittelverfahren

Verletzungen	**Kassatorische Entscheidung**	**Reformatorische Entscheidung**
1. Materielles Strafrecht	–	+ (aber: Grenze)

Verletzungen	Kassatorische Entscheidung	Reformatorische Entscheidung
2. Tatsache	+ (unbegründet)	+ (teilweise unbegründet)
3. Strafprozessrecht	+	–

a) Verletzung der Tatsache

Grundsätzlich sind nur Rechtsmittel *„(teilweise) unbegründet"* beziehungsweise *„begründet";* Tatsachenbehauptungen vor Gericht müssen substantiiert werden. Das Strafverfahrensgesetz regelt ausdrücklich, wann die Tatsache völlig oder teilweise unbegründet ist. Die Art und Weise der Fehler in der Tatsache sind darum wichtig, weil die verschiedenen Fehlerarten verschiedene Rechtsfolgen haben. Wenn die Tatsache völlig unvollständig geblieben ist oder das Gericht keine Feststellungen zur Tatsache gemacht hat, muss das Urteil aufgehoben werden und die Sache an das zuständige Gericht zurückverwiesen werden. Wenn die Tatsache nur teilweise unbegründet ist (z.B. wenn die Tatsache teilweise ungeklärt ist, oder die Tatsache dem Inhalt der Verfahrensdokumente widerspricht), kann die zweite oder dritte Instanz die Tatsache mit einer reformatorischen Entscheidung korrigieren.

Die Änderung der Tatsachen hat aber Grenzen. Die Beweisaufnahme in zweiter Instanz ist möglich, aber nur in Bezug auf neue Beweise. Das bedeutet, dass, wenn die Tatsache korrigiert werden müsste aber in der Berufung keine neuen Beweise bezeichnet werden, das Urteil aufgehoben werden und die Sache an das zuständige Gericht zurückverwiesen werden muss. Die Beweisaufnahme in der dritten Instanz ist nicht möglich. Das Gericht der dritten Instanz beschäftigt sich grundsätzlich nur mit rechtlichen Fragen und nicht Fragen zur Tatsache, demzufolge können diese Fehler nicht in dritter Instanz korrigiert werden.

b) Verletzung der prozessrechtlichen Regelungen

Die prozessrechtlichen Verletzungen haben zwei Arten: die absoluten und die relativen Verletzungen. Beiden Typen ist gemeinsam, dass die Verletzung nicht korrigiert/reformiert werden kann. Es hängt aber von der Art der Verletzung ab, ob das Gericht eine kassatorische Entscheidung trifft oder nicht.

Die sog. absolut prozessrechtlichen Verletzungen können nicht reformiert oder korrigiert werden, deshalb ist das Urteil aufzuheben und die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen. Wichtig ist zu betonen, dass bei den absoluten Rechtsverletzungen die Kassation gesetzlich automatisch ist. Das Gericht hat keinen Entscheidungsspielraum.

Bei den relativen prozessrechtlichen Verletzungen ist die Kassation nicht automatisch. In diesen Fällen muss geprüft werden, ob die Verletzungen eine tatsächliche Wirkung auf die Hauptfragen des Strafprozesses (z.B. strafrechtliche Verantwortlichkeit,

Schuldfähigkeit, Art und Weise der Sanktion) haben. Wenn ja, muss das Urteil aufgehoben und die Sache an das zuständige Gericht verwiesen werden. Demzufolge kann festgestellt werden, wenn die Verletzung nicht wesentlich ist, bleibt es außer Acht. Beispiele für die relativen Verletzungen sind die Verletzung der Regelungen der Gesetzlichkeit bei der Beweisaufnahme, oder wenn das Gericht seiner Urteilbegründungspflicht nicht nachgekommen ist.

c) Verletzung der materiell-rechtlichen Regelungen

Bei Verletzungen von materiell-rechtlichen Regelungen kommt die reformatorische Entscheidung in Betracht. Sowohl die zweite als auch die dritte Instanz kann die materiell-rechtlichen Fehler korrigieren.

Es gibt aber Grenzen bei der reformatorischen Entscheidung: das sog. Verbot der Verschlechterung. Nach dem Verschlechterungsverbot darf das Urteil nicht zum Nachteil des Angeklagten geändert werden, wenn nur zu seinen Gunsten Berufung eingelegt wurde. Das Urteil kann nur dann verschlechtert werden, wenn eine Berufung zum Nachteil des Angeklagten eingelegt wurde. Es ist ein sehr wichtiger Ausdruck des Prinzips *„favor defensionis"*.

IV. Ausserordentliche Rechtsmittel

Die außerordentlichen Rechtsmittel ermöglichen die Überprüfung des rechtskräftigen Urteils. Hier gibt es auch einen Widerspruch zwischen zwei Grundprinzipien: der Rechtskraft und der materiellen Gerechtigkeit. Beide Grundprinzipien sind Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips. Es ist eine rechtspolitische Frage, ob, und wenn ja, wie viele außerordentliche Rechtsmittel es gibt.

Bei den außerordentlichen Rechtsmitteln können wir zwei zeitliche Dimensionen unterscheiden. *„Ex tunc"* bedeutet, wenn die Verletzung während des Prozesses passierte. *„Ex nunc"* ist die Verletzung, wenn etwas nach der Beendigung des Prozesses passierte. Daneben ist noch die Richtung des Rechtsmittels wichtig: ist das Rechtsmittel zugunsten oder zulasten des Angeklagten eingelegt worden.

In dem ungarischen Rechtsmittelsystem können die rechtskräftigen Urteile nur bei schwerwiegenden Rechtsverletzungen, prozessrechtlichen und materiell-rechtlichen Verletzungen vollumfänglich überprüft werden. Demzufolge ist die Korrektur bei der Verletzung der Tatsache durch außerordentliche Rechtsmittel nur *„ex nunc"* möglich. Wenn der Fehler schon während dem Strafprozess vorgekommen ist, kann es nur durch ordentliche Rechtsmittel beanstandet werden. Die tatsächlichen Fehler der rechtskräftigen Urteilen können nicht korrigiert werden.

Die folgende Tabelle zeigt – abhängig von der zeitlichen Dimension und der Art der Verfahrensverletzungen – die verschieden außerordentlichen Rechtsmittel im ungarischen Strafprozess.

Tabelle 2. Das System der außerordentlichen Rechtsmittel

		Ex tunc	*Ex nunc*
Rechtsverletzungen	Tatsache	keine	Wiederaufnahme
	Materielles Strafecht	Revision Vereinfachte Revision	Revision
	Strafprozessrecht	Rechtsmittel für die Gesetzmäßigkeit (Verfassungsbeschwerde)	Verfahren zur Wahrung der Rechtseinheit

a) Wiederaufnahme

Die Wiederaufnahme dient dem Ziel der Erforschung der materiellen Gerechtigkeit. Sie ist nur bei der „Verletzung" der Tatsachen anwendbar, und nur dann, wenn die „Verletzung" nach der Beendigung des Strafverfahrens passiert ist. Die Voraussetzungen der Wiederaufnahme sind: *a)* neue Tatsachen oder Beweismittel werden beigebracht, die geeignet sind eine geringere Bestrafung oder eine wesentlich andere Entscheidung zu begründen; oder *b)* die Beweismittel unecht oder verfälscht waren; oder *c)* die Begnadigung durch den Präsidenten.

Der Wiederaufnahmeprozess hat zwei Teile. Zuerst muss die Begründetheit geprüft werden: das heißt, ob die Voraussetzungen der Wiederaufnahme erfüllt sind oder nicht. Wenn die Begründetheit festgestellt ist, kommt die nächste Phase, die eigentliche Wiederaufnahme des Verfahrens und die Wiederholung der Hauptverhandlung an.

b) Revision

Bei Verletzungen der materiell-rechtlichen und prozessrechtlichen Regelungen kann gegen das rechtkräftige Urteil Revision eingelegt werden. Revisionsgründe sind beispielsweise: die schwerwiegende Verletzung des Strafgesetzbuches; die absoluten prozessrechtlichen Verletzungen; wenn der EGMR eine Verletzung der EMRK festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht; oder wenn das Verfassungsgericht die im Strafverfahren angewandte Rechtsnorm für verfassungswidrig erklärt.

Das Verfahren läuft vor dem Obersten Gerichtshof. Es gibt keine Beweisaufnahme.

c) Vereinfachte Revision

Die vereinfachte Revision ist nicht wirklich ein „außerordentliches" Rechtsmittel. In diesem Verfahren können nur die materiell-rechtlichen Verletzungen des rechtskräftigen Urteils korrigiert werden. Diese Verletzungen beeinträchtigen aber nicht die Hauptfragen des Strafverfahrens (die strafrechtliche Verantwortlichkeit, die Schuldfrage oder die Sanktionen).

In diesem Verfahren kann es keinen Durchbruch der materiellen Rechtskraft geben, sondern nur die Rechtmäßigkeit der „Zusatzfragen" kann korrigiert werden. Die vereinfachte Revision kann zum Beispiel beantragt werden, wenn das Gericht über die Verfahrenskosten nicht oder nicht rechtmäßig entschied.

d) „Atypische" außerordentliche Rechtsmittel

Rechtsmittel für die Gesetzlichkeit

Dieses nicht typische außerordentliche Rechtsmittel ist subsidiär, was bedeutet, dass das Verfahren nur dann beantragt werden kann, wenn die Anwendung anderer Rechtsmittel nicht möglich ist. Weitere Voraussetzung ist, dass es nur bei Verletzung der Gesetze anwendbar ist. Ausschließlich der Generalstaatsanwalt kann dieses Verfahren beantragen (natürlich kann es der Verteidiger oder der Angeklagte dem Generalstaatsanwalt vorschlagen), und darüber wird der Oberste Gerichtshof entscheiden.

Dieses Verfahren dient auch dem Prinzip *„favor defensionis"*, weil das Urteil nur zugunsten des Angeklagten geändert werden kann, also nur der Freispruch oder die Einstellung des Verfahrens erwirkt werden können. Wenn das Urteil zum Nachteil des Angeklagten geändert werden sollte, wird der Oberste Gerichtshof nur die Verletzung des Gesetzes feststellen, sonst das Urteil bleibt unverändert.

Verfahren zur Wahrung der Rechtseinheit

Das Ziel des Verfahrens zur Wahrung der Rechtseinheit ist die Vereinheitlichung und Orientierung/Weiterentwicklung der Rechtsprechung. Dieses Verfahren kann nur von bestimmten Personen (z.B. Präsident des Obersten Gerichtshofs, Generalstaatsanwalt, Strafkammer des Obersten Gerichtshofs) beantragt werden.

Das Verfahren kann beantragt werden, wenn es erforderlich ist, eine Entscheidung, die die Rechtspraxis in grundlegenden Fragen beeinflussen kann, zu treffen, um die Rechtsprechung weiterzuentwickeln oder eine einheitliche Rechtsprechung zu gewährleisten. Diese Entscheidungen sind für die Gerichte bindend. Dieses Verfahren kann zudem in solchen Fällen beantragt werden, wenn eine Strafkammer des Obersten Gerichtshofs von dieser „einheitlichen" Entscheidung abweichen will.

Grundsätzlich handelt es sich bei diesem Verfahren um eine Entscheidung über eine Grundfrage und es dient zur Orientierung der Rechtsprechung aber hat keine Auswirkung auf Einzelfälle. Es ist eine Ausnahme, wenn aus der Entscheidung der

Freispruch des Angeklagten oder die Einstellung des Verfahrens folgt. Der Oberste Gerichtshof kann im Einzelfall solche Entscheidungen treffen. Diese Regelung ist auch eine Ausprägung des Prinzips *„favor defensionis"*.

V. Zusammenfassung

Zuerst möchte ich mit den folgenden Tabellen illustrieren wieviel Prozent der strafrechtlichen Fälle in der ersten Instanz rechtskräftig werden und wie hoch die Anzahl der mit den Rechtsmitteln beeinträchtigten Fälle ist.

Tabelle 3. Zahl der rechtskräftigen Urteile

Instanz	Gericht	2019. I.	2020. I.	2021. I.	2022. I.
I.[9]	Amtsgericht	76,3	74,2	73,9	71
	Landgericht[10]	48	49,4	49,8	42,6
II.	Landgericht	98,2	98	97,7	97,9

Aus der Tabelle folgt, dass mehr als 70 Prozent der Entscheidungen in erster Instanz rechtskräftig werden. In zweiter Instanz liegt diese Nummer bei circa 98 Prozent. Daraus folgt, dass nicht mehr als 1 Prozent der Fälle in dritter Instanz verfolgt werden können. Eine Erklärung dafür mag natürlich die begrenzte Möglichkeit der zweiten Berufung sein. Anderseits können diese Daten auch mit den Zielsetzungen und Tendenzen erklärt werden – im ungarischen Strafprozess ist der Zweck des Strafverfahrens die Erforschung der materiellen Gerechtigkeit. Allerdings deuten die neuen Beweisregeln im Strafverfahrensgesetz in Richtung der „strafverfahrensrechtlichen" Gerechtigkeit. Eine solche Beweisregel ist zum Beispiel: was der Staatsanwalt, der Angeklagte und der Verteidiger für die Wahrheit halten braucht nicht zu bewiesen werden. Diese Regelung steht eindeutig der materiellen Gerechtigkeit entgegen.

Das Rechtsmittelsystem dient durch die Möglichkeit der Korrektur von Verfahrensverletzungen einerseits der materiellen Gerechtigkeit. Anderseits kann aber nicht jede Verletzung korrigiert werden, was der Rechtssicherheit dient, da das Verfahren innerhalb eines bestimmten Zeitraums beendet werden muss. Die Rechtssicherheit ist

[9] In erster Instanz entscheidet allgemein das Amtsgericht, aber in im Gesetz bestimmten Fällen (z.B. schweren Straftaten) entscheidet das höhere Landgericht.

[10] Bei der Anzahl muss beachtet werden, dass die Zahl der Verfahren, wo das Landgericht in erster Instanz entscheidet, sehr gering ist. Die Prozentangaben sind hier nur für die Beachtung der Tendenz geeignet.

Kerngehalt des Rechtsstaatsprinzips, aber die materielle Gerechtigkeit ist ebenfalls eine Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit.

Nach der Darstellung des ungarischen Rechtsmittelsystems kann man sich die Frage stellen, ob dieses komplizierte Rechtsmittelsystem im Interesse der materiellen Gerechtigkeit noch gerechtfertigt ist.

Darák, Péter*

Akribie und Qualität des Rechts

Abstract

Law is widely considered as logical and effective instrument for solving conflicts, however the quality of legal solutions of situations varies from case to case. How to measure this quality? The article presents three cases demonstrating fundamental doubts about effectivity of legal answers.

The first case deals with differente perspective of public and private law in protection of neighbour's rights. The second one is about legal consequences of incorrect registration on the level of European regulation. The third one concentrates on how judges interprete tax law filling gaps of regulation. The conclusions lead to basic questions of precedents and fixedness of jurisdiction.

Keywords: Quality of law, juridical methods, precision ("Acribie"), different point of view of public and private law, interpretation, incorrect registration, not determining requirement, financial year, period of declaration, overruling

I. Diskrepanz zwischen Universitätsstudien (Theorie) und Praxis

Genau wie die Vertreter anderer Wissenschaftszweige, können sich Juristen riesengroße Mühe machen, um die Rechtswissenschaft als logisches, organisiertes und effizientes System darzustellen.[1]

Diese Mühe kann uns aber leicht auf den Gedanken führen, dass wir wirklich alle Rechtsfälle lösen können, jede Situation vollkommen unter Kontrolle haben, sowie für jede Lebenslage ein Schema haben.[2] Und dazu braucht man nichts anderes als noch

* Darák, Péter, PhD Privatdozent, Lehrstuhl für Finanzrecht, Juristische Fakultät der Universität ELTE Budapest, Senatsvorsitzender Richter an der Kurie (Oberstes Gerichtshof Ungarns).

1 Josef Isensee sieht sogar eine „Kehrseite des Systems", wo „Jede Partei versucht ihre Positionen abzudecken durch verfassungsrechtliche Regelungsaufträge, Handlungsverbote und Denkverbote." J. Isensee, *Recht als Grenze – Grenze des Rechts,* (Bouvier, 2009) ff 260.

2 Das folgt sich von den Eigenschaften des „neuen Staates": „Der Staat an und für sich ist das sittliche Ganze, die Verwirklichung der Freiheit, und es ist absoluter Zweck der Vernunft, das die Freiheit wirklich sei." G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* (1820) § 258, Zusatz.

DOI: 10.56749/annales.elteajk.2022.lxi.18.237

gründlichere, noch präzisere juristische Arbeit zu leisten.[3] Wir glauben gerne, dass der juristische Werkzeugkasten immer zu unserer Verfügung steht, dass wir für alles eine Analogie finden können.

Doch wenn wir uns selbst ehrlich betrachten, müssen wir zugeben, dass dieses idealisierte Bild über das Recht falsch ist, denn oft ist es verwirrend, unlogisch, und weniger effizient. Wir müssen anerkennen, dass wir keine gute Lösung für jeden Rechtsfall haben.[4]

Es gibt Versagen sowie Situationen, mit denen wir nicht umgehen können.

Möglicherweise gibt es auch oft gut anwendbare Analogien, jedoch finden wir diese nicht immer.

II. Qualität

Der Begriff „Qualität" wird nicht im Sinne von „Normqualität" genutzt, wie die deutsche Dogmatik es als Gegensatz von „bloßen Programsätzen" verwendet.[5] Die Qualität des Rechts ist nicht genau determiniert; in anderen Gebieten der Wissenschaft findet man häufig einfache Bestimmungen. Zum Beispiel ist die Beurteilung der Qualität ärztlichen Handelns über Vergleiche mit definierten Ergebniserwartungen, mit erprobten Standards oder mit den Leistungen anderer Versorgungseinrichtungen möglich.[6] Wenn wir uns von dem idealisierten Bild des Rechts lösen, und gleichzeitig annehmen, dass das Recht als System keine Qualität in sich selbst trägt, dann sollten wir uns zu den juristischen Methoden wenden, im Vertrauen darauf, dass die Arbeitsmethoden der Juristen geeignet sind Qualität zu garantieren. An diesem Punkt müssen wir jedoch die Tatsache konfrontieren, dass es hinsichtlich der einzelnen juristischen Methoden keinen Konsens gibt. Sollten wir uns vielleicht an die Dogmatik, an die Welt von Werten und Grundsätzen wenden? Ebenso könnten wir handeln, wenn sie sich nicht so schnell ändern würden.

[3] Dieses Idealbild kommt von den Zeiten der Aufklärung und betont die Rationalität des Rechts, wie Böckenförde formuliert: „Gegen die geschichtlich überkommenen Instutionen und gegen eine religiös legitimierte Ordnungsgewalt proklamiert sie die Prinzipien der Vernunft und des natürlich-vernünftigen Rechts als Basis aller politisch-sozialen Ordnung." E.-W. Böckenförde, *Staat, Nation, Europa – Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie,* (1999) ff 11.

[4] Es gibt verschiedene Formen der Misserfolge, zum Beispiel: „One kind of injustice is the failure of judges and others in authority to adhere to the appropriate rules or interpretations thereof in deciding claims." J. Rawls, A *Theory of Justice,* (1999) ff 51.

[5] Das Recht der Europäischen Union, EGV Grabitz/Hilf C.H.Beck 2009., Vorbemerkung zu §§ 135-139d.

[6] Siehe in Körner, Krasney, Mutschler und Rolfs, *SGB Grosskommentar,* (C. H. Beck, 2016).

III. Akribie?[7]

Also, sollen wir vermuten, dass es die juristische Gründlichkeit und Pünktlichkeit sind, die auf dem Gebiet des Rechts Qualität liefern können. Um ein bisschen selbstkritisch zu sein: Pünktlichkeit bedeutet für die Richter oft nicht mehr als mit dem Sachverhalt – mit den einzelnen Tatsachen – zu jonglieren,[8] was eigentlich dazu dient, die Abweichung von Präzedenzfällen durch Hinweis auf unterschiedliche Sachverhalte rechtfertigen zu können.[9] Jedoch kann es nicht abgestritten werden, dass, wenn Juristen die Dogmatik sowie die Grundsätze im richtigen Kontext verwenden, sie das erwünschte Niveau der Pünktlichkeit erreichen können. Eine andere Frage ist es, ob dies uns oft oder eher selten gelingen wird.

IV. Negative Beispiele

1.

Um den obigen Gedankengang zu unterstützen, möchte ich im Folgenden zwei negative sowie ein positives Beispiel geben. Der erste Rechtsfall dient als Beispiel dafür, dass das Rechtsystem oft vom Recht selbst erodiert wird.

Im Ausgangsfall wird dem Nachbarn des Grundstückeigentümers eine Baugenehmigung erteilt, da er alle Bauvorschriften einhält,[10] doch wird das geplante neue Gebäude die Sicht, also das Panorama des Grundstückeigentümers, in erheblichem Maße beschränken. Das Zivilgericht erkennt den von dem Eigentümer erhobenen Schadensersatzanspruch an und setzt für ihn Schadensersatz fest. (Im deutschen Recht ist diese Konstellation schwer vorstellbar; erstens: die schöne Aussicht ist im Regelfall nicht geschützt,[11] denn nach deutscher Regelung ist ein Schutz der Aussicht nicht Bestandteil

[7] In Krug's encyklopädisch-philosophischen Lexikon ist Akribie „in wissenschaftlicher Hinsicht Genauigkeit oder Sorgfalt in der Forschung oder Untersuchung – eine Hauptbedingung des glücklichen Erfolges bei Bearbeitung der Wissenschaften, vornehmlich der Philosophie; wo sie oft aber am wenigsten stattfindet, weil das Philosophiren von Vielen für so leicht gehalten wird." W. T. Klug, *Allgemeines Handwörterbuch der philosophischen Wissenschaften, nebst ihrer Literatur und Geschichte,* Zweite, verbesserte und vermehrte, Auflage, erster Band A bis E, (Brockhaus, 1832) 84.

[8] Obwohl Tatsachen – nach Jellinek – auch als Beurteilungsnorm anzusehen sind. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* (1900) 339.

[9] Die Teilfragen der Abweichung werden ausführlich in Kommentaren der VwGO erörtert. F. O. Kopp, *Vgl VwGO,* (München, 1989) 1574–1577 ff. 14–19.

[10] Ein Vermerk: Deutsches Recht kennt auch die sog. Einmauerungseffekte. Siehe: U. Ramsauer, Nachbarschutz im Baurecht, (2020) (5) *JuS,* 385–393.

[11] BVerwG BauR 1994.354.

des Gebotes der Rücksichtnahme.[12] Zweitens: Der BGH spricht im Urteil vom 27.1.1983 vom Schadensersatz erst bei der Rechtswidrigkeit einer Baugenehmigung, welche baurechtliche Vorschriften verletzt.[13]) In diesem ungarischen Muster-Fall wurde der Nachbar vom Zivilrecht bzw. vom öffentlichen Recht unterschiedlich behandelt. Die zwei verschiedenen Zweige der Rechtsordnung sind hier miteinander in Konflikt geraten.

2.

Der zweite Rechtsfall ist ein Beispiel dafür, wie die Effizienz des Rechts durch richterliche Auslegung verringert wird.

Eine unionsrechtliche Regelung lautet folgendermaßen: „handelt es sich bei den festgestellten Verstößen um fehlerhafte Eintragungen in das Register oder die Tierpässe, so gilt das betreffende Tier erst dann als nicht ermittelt, wenn derartige Fehler bei mindestens zwei Kontrollen innerhalb von 24 Monaten festgestellt werden. In allen anderen Fällen gelten die betreffenden Tiere nach der ersten Feststellung als nicht ermittelt."[14]

Die zitierte Rechtsbestimmung ist nicht hinreichend präzise, d.h. sie gibt keine Hinweise, welche Fehler als „fehlerhafte Eintragungen in das Register oder die Tierpässe" gelten, und was die sogenannten „anderen Fälle" sind. Diese Regel lässt der richterlichen Auslegung einen derart großen Spielraum, dass der Wille des Gemeinschaftsgesetzgebers leicht überschritten werden kann. Wahrscheinlich ist es auch so geschehen, da der Gesetzgeber diese Regel nachträglich wie folgt präzisierte:

> Handelt es sich bei den festgestellten Verstößen um fehlerhafte Eintragungen in das Register, die Tierpässe oder die elektronische Tierdatenbank, die jedoch für die Überprüfung der Einhaltung der Beihilfefähigkeitsbedingungen – mit Ausnahme der Voraussetzung gemäß Artikel 53 Absatz 4 der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 639/2014 – im Rahmen der betreffenden Beihilferegelung oder Stützungsmaßnahme *nicht ausschlaggebend sind,* so gilt das betreffende Tier erst dann als nicht ermittelt, wenn derartige fehlerhafte Eintragungen bei mindestens zwei Kontrollen innerhalb von 24 Monaten festgestellt werden. In allen anderen Fällen gelten die betreffenden Tiere nach der ersten Feststellung als nicht ermittelt.[15]

[12] OV Lüneburg ZfBR 2003.54; EZBK/Bielenberg BauNVO §16 RN 54.

[13] Zum Schadenersatz des Nachbarn bei rechtswidriger Baugenehmigung Schröer NVvvZ 1984.291.

[14] Delegierte Verordnung (EU) Nr. 640/2014 der Kommission vom 11. März 2014 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 1306/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf das integrierte Verwaltungs- und Kontrollsystem und die Bedingungen für die Ablehnung oder Rücknahme von Zahlungen sowie für Verwaltungssanktionen im Rahmen von Direktzahlungen, Entwicklungsmaßnahmen für den ländlichen Raum und der Cross-Compliance Artikel 30. Absatz 4. Punkt c).

[15] Hervorhebung des Verfassers.

V. Positives Beispiel

Um ein optimistisches Fazit zu erreichen, möchte ich auch ein positives Beispiel[16] geben.

Am Beginn der 2010er Jahre hat die ungarische Regierung den Haushalt mit besonderen Filialsteuern stabilisiert. So eine Filialsteuer wurde der Versicherungsbranche auferlegt. Bei der Festsetzung der Bemessungsgrundlage kalkulierte der Steuerpflichtige mit bestimmten monatlichen Einnahmen, damit er einen ermäßigten Steuersatz anwenden konnte. Wenn aber mit der Gesamtsumme der im ganzen Jahr bezogenen Einnahmen kalkuliert worden wäre, wäre ein erhöhter Steuersatz anwendbar gewesen. Das Gesetz hat hierzu geschwiegen.[17]

Nach der Begründung des Steueramtes könne es nicht mit der Absicht des Gesetzgebers in Übereinstimmung gebracht werden und es sei auch nicht realistisch, dass die Steuerpflichtigen monatlich aufgrund der Angaben des vorliegenden Monats als Erklärungszeitraum – oder aufgrund der Angaben des Januars, der aus irgendwelchen Gründen als Sonderperiode gilt – Steuervergünstigungen in Anspruch nehmen könnten.

Nach der Argumentation des Gerichts erster Instanz sei bei der Auslegung von Rechtsvorschriften vorauszusetzen, dass sie dem gesunden Menschenverstand und dem Gemeinwohl entsprechenden moralischen und wirtschaftlichen Zwecken dienen. Dementsprechend könne der gesetzgeberische Zweck basierend auf der Begründung des Gesetzesentwurfes bzw. basierend auf der Begründung des Vorschlags zur Änderung des vorliegenden Gesetzestextes aufgedeckt werden.

Der Kläger hat vorgeführt, dass der im Normentext gefasste, geschlossene steuerrechtliche Tatbestand mit einem weiteren, in der Begründung des Gesetzesentwurfes enthaltenen Element nicht erweitert werden kann. Sollte ein Widerspruch zwischen dem Normentext und der Begründung bestehen, hat der Normentext immer Vorrang. Eine ausschließliche Anwendung der teleologischen Auslegung ist zweifellos der falsche Ansatz. Die Versicherer sind verpflichtet, die Versicherungssteuer monatlich festzulegen, zu erklären und zu zahlen; so kann und soll ausschließlich der laufende Monat als Bemessungsgrundlage verstanden werden. Im Bereich Steuerwesen besteht die einheitliche Praxis, nach welcher, wenn eine materiellrechtliche Rechtsnorm keinen Steuerzeitraum bestimmt, sich dieser Zeitraum automatisch aus der Dauer und Häufigkeit von Erklärungszeiträumen ergibt.

Die Kurie hat die folgende Begründung gegeben: die Begründung des Gesetzesentwurfes stellt fest, dass „die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes ausschließlich im Falle von jenen Versicherern erlaubt ist, deren Bemessungsgrundlage 8 Mrd. HUF *innerhalb des Steuerjahres* nicht überschreitet". Die Verpflichtung des Gerichts, den

[16] Urteil der Kurie den 18-en November 2021., Nummer: Kfv. V. 35.263/2021/7.

[17] Auf deutschem Rechtsgebiet kam auch vor, dass über Geschäftsjahr debattiert wurde. M. Zellner in H. C. Grigoleit, *Aktiengesetz,* zweite Auflage, (C.H.Beck, 2020) Rn. 25, 26.

Zweck der Rechtsvorschrift bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen, beruht auf dem Grundgesetz, gleich wie die Verpflichtung bei der Feststellung des Zwecks auch auf die Begründung des Vorschlags zur Verabschiedung der Rechtsvorschrift Rücksicht zu nehmen. In Bezug auf die Feststellung des gesetzgeberischen Zwecks ist die vom erstinstanzlichen Gericht angewandte, teleologische Auslegung anwendbar.

Der gesetzgeberische Zweck war, den Zutritt von neuen Versicherungsunternehmen zum inländischen Markt zu unterstützen, was eine aktive Mitwirkung des Staates erfordert, in Hinsicht darauf, dass ein Versicherer nur nach 8-10 Jahren rentabel wird, so haben sie einen erheblichen Nachteil im Vergleich zu anderen Versicherern, die schon über große Prämienreserven verfügen. Der Gesetzgeber hatte nicht vor, den schon tätigen Versicherer mit größerem Marktanteil eine Steuerbegünstigung zu gewähren, sondern die neu auf den Markt gehenden, kleineren Versicherer zu unterstützen. Alles, was sich in der Begründung des Gesetzes befindet, ist mit diesem gesetzgeberischen Zweck vereinbar. Nach den Rechnungslegungsvorschriften gilt das Geschäftsjahr als der Zeitraum, über den der Jahresbericht aufgestellt werden muss. Das Geschäftsjahr stimmt mit dem Kalenderjahr überein. Da der Normentext keinen ausdrücklichen (monatlichen oder jährlichen) Zeitraum hinsichtlich der Erreichung einer Bemessungsgrundlage von 8 Mrd. HUF als Voraussetzung erwähnt, hat das Gericht erster Instanz zu Recht das Rechnungslegungsgesetz als die den steuerrechtlichen Vorschriften zugrunde liegende Norm berücksichtigt.

VI. Imagination mit Rechtskraft?

Folgenorientierung, Folgenbetrachtung, Bindung an Präzedenzfälle, Selbstbindung der Rechtsprechung, Konsistenz – ständige Diskussionsthemen auch in Deutschland.[18] Doch muss die Kontinuität der Rechtsprechung bewahrt werden, z.B. so, dass die Änderung der Rechtsprechung an „schwerwiegenden sachlichen Erwägungen" gebunden bleibt *(distinguishing);* Vertrauensschutz muss aber auch gesichert werden, deshalb braucht die Aufhebung eines Präzedenzfalles *(overruling)* überzeugende Argumente.

In einem Rechtstaat innerhalb der kontinentalen Rechtstradition ist die Gebundenheit der Rechtsanwender an die Gesetze ein besonders wichtiger Grundsatz. Und genau deswegen ist es schwer für die Rechtswissenschaft mit dem Präzedenzsystem zu

[18] „Mit Ausnahme des § 32 Abs.1 BVerfGG enthalten weder das materielle noch das geltende Verfahrensrecht einen Hinweis auf die Rechtsverbindlichkeit gerichtlicher Vorentscheidungen. Gleichwohl ist der Begründungs- und Entscheidungsstil der Rechtspraxis sowohl in vertikaler wie horizontaler Richtung stark an Präjudizien orientiert." R. P. Schenke, *Die Rechtsfindung im Steuerrecht,* (Mohr Siebeck, 2007) 65 ff., https://doi.org/10.1628/978-3-16-151250-6

umgehen, das in der Tradition des Common Law so selbstverständlich ist.[19] Einerseits können wir auf die Möglichkeit der richterlichen Rechtsfortbildung nicht verzichten, andererseits erfordert der Grundsatz der Rechtssicherheit, dass die Rechtsprechung nur aus wichtigen Gründen geändert wird.[20]

[19] Vgl. R. Cross und J. W. Harris, *Precedent in English Law,* (Clarendon Press, 1991).

[20] „Ob und in welchen Grenzen Präjudizien auch eine normative Verbindlichkeit zukommt, gehört zu den vermutlich am intensivsten diskutierten Fragestellungen der vergangenen Jahrzehnte." Schenke, *Die Rechtsfindung im Steuerrecht,* 66 ff.