

INTERVIEW

PROF. DR. DR. H.C. MULT. PETER HÄBERLE

Januar 2018

VORBEMERKUNG:

Der Verf. greift gerne die interessanten Fragen auf, die Frau Professor *Santiago* aus ganz Brasilien „eingesammelt“ hat. Ich freue mich sehr über dieses große Interesse und sage gleich vorweg: Alle Ihre Fragen sind besser als meine Antworten. Manchen der guten Fragen kann ich nicht gerecht werden. Dafür bitte ich um Verständnis. Vor allem in Lateinamerika und Spanien ist das *wissenschaftliche Interview* ein bekanntes „Format“. Das Besondere an dem folgenden Beitrag liegt in der Tatsache, dass es sich um einen „*kollektiven* Fragebogen“ handelt, weil die Fragen von unterschiedlichen Persönlichkeiten gestellt wurden. Frau Prof. *Santiago* hat diese vorbildlich systematisiert, so dass sich heute kaum Wiederholungen ergeben. Der Verf. weist im Übrigen auf seine *Conversaciones Académicas con Peter Häberle* (hrsgg. von D. Valades) hin, die 2017 schon in 2. Aufl. erschienen sind (Mexiko City). Indes gibt es heute kaum Überschneidungen mit dieser älteren Publikation. Er dankt allen beteiligten Autoren aus ganz Brasilien, insbesondere Frau Prof. *Santiago*, und er ist glücklich und geehrt seiner wissenschaftlichen Freundschaft mit der brasilianischen Gelehrtengemeinschaft erneut Ausdruck verleihen zu können.

01) How do you understand the Cooperative Constitutional State in the present? Is it a project or a reality in the 21st century? Do you believe that we need a new General Theory of the State to understand and apply the Cooperative Constitutional State in the present? Thinking about constitutionalism multi-levels, how to ensure the complementarity and not cause conflicts with possible contrary decisions of different sectors without hierarchy between them? Is there a need to establish hierarchy or some rule to avoid

conflict? About Europe, how do you analyze the refugee crisis and the guarantee of their fundamental human rights? Finally, do you believe that Democracy can be considered a dimension / generation of human rights?

Author: Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira¹.

Zu 01: Die Idee des „*kooperativen Verfassungsstaates*“ habe ich 1978 entworfen. Es handelt sich um einen Idealtypus ebenso wie bei der Hoffnung auf eine „kooperative Weltordnung“. Die Realität hinkt in vielem hinterher. Gleichwohl sind die Verflechtungen der Verfassungsstaaten schon heute sehr intensiv. Dies gilt vor allem im Kontext der UN, aber auch in regionalen Verfassungsgemeinschaften wie der EU oder dem Mercosur. Vor allem die Menschenrechtsgarantien – universal, regional und national – vermitteln dem Verfassungsstaat von heute das Element des Kooperativen. Man denke an den Menschenrechtsgerichtshof in Costa Rica oder in Straßburg. Die Welthandelsorganisation mit ihren weltweiten Vernetzungen gehört ebenfalls hierher. Freilich gibt es auch eine nationalistische Gegenbewegung, leider ausgelöst durch den derzeitigen Präsidenten der USA, *Trump*. Er hat kürzlich die Mitgliedschaft der USA in Handelsverträgen und in der UNESCO gekündigt – ein fataler Vorgang insbesondere für die universale Kulturpolitik. Die in langen Zeiten weltweit aufgebauten kooperativen Strukturen in Wirtschaft und Kultur sind durch einen neuen Nationalismus gefährdet. Ich habe freilich Bedenken gegen den Begriff des „multilevel Konstitutionalismus“, sofern mit ihm Hierarchiekonzepte verbunden sind. Hier ein Beispiel: In der EU sind die EU-Organe wie das Europäische Parlament oder der EuGH nicht „oben“, die Nationalstaaten nicht „unten“, vielmehr geht es um Verhältnisse der *Komplementarität*. – Europa und die Flüchtlingskrise ist als Thema ein weites Feld. Aus meiner Sicht war die plötzliche Grenzöffnung durch die deutsche Kanzlerin 2015 im Herbst 2015 in der ersten Woche ein humanitärer Akt, der Anerkennung verdient. Freilich war er nicht mit den anderen EU-Politikern abgesprochen. Grenzsicherung ist im Verfassungsstaat ein unverzichtbarer Auftrag an die staatlichen Organe. *G. Jellinek* unterschied klassisch drei Staatselemente: Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt. Ich nehme seit Jahrzehnten als „viertes“ oder erstes Staatselement die *Kultur* hinzu. Eine Kanzlerin kann über das Staatsgebiet und die hier verankerte Kultur nicht einseitig verfügen. Nach deutschem Verfassungsrecht ist nur das Asylrecht für politisch Verfolgte unbegrenzt (Art. 16 GG). Über die Zuwanderung, z.B. für Facharbeiter, entscheidet jeder Staat selbst nach eigenen Kriterien. Man denke an die Beispiele in Kanada oder in den USA. Speziell in der EU ist der staatliche

¹ Federal University of Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul (Brazil) and Pontifical Catholic University of São Paulo, São Paulo (Brazil).

Schutz der Außengrenzen unverzichtbar. Es gibt kein Menschenrecht auf Zuwanderung! Im EU-Europa verlangt freilich das Verfassungsprinzip der Solidarität, dass die nun einmal gekommenen Flüchtlinge auf die Mitgliedsstaaten proportional verteilt werden. Einmal im Lande, haben die Angekommenen alle internationalen und nationalen Grundrechtsgarantien.

Meines Erachtens gibt es ein *Grundrecht auf Demokratie*, das direkt aus der Garantie der Menschenwürde folgt, in Deutschland aus Art. 1 Abs. 1 GG. Diese Theorie habe ich erstmals im Jahre 1987 in Band 1 des Handbuchs des deutschen Staatsrechts entwickelt. Das BVerfG hat sie kürzlich übernommen. In Deutschland wurde lange Zeit die Menschenwürde unpolitisch verstanden. Aus meiner Sicht gehören die Menschenwürde und die freiheitliche Demokratie eng zusammen. Konkret: Art. 1 und 20 GG sind zusammen zu lesen. Mit anderen Worten: die Demokratie ist die organisatorische *Konsequenz* der Menschenwürde. Wie sie im Einzelnen ausgestaltet ist, bleibe offen. Sie kann eine „halbdirekte Demokratie“ sein, wie in der Schweiz, sie kann aber auch primär nur repräsentativ sein, wie im deutschen Grundgesetz. Wichtig ist mir nur, dass die Teilhabe am politischen Leben, z.B. durch Wahlen und Volksabstimmungen, direkt zur Würde des Menschen gehört. Der viel zitierte „mündige Bürger“ vollendet sich durch seine Teilhaberechte in der pluralistischen Demokratie. Würde z.B. sein Recht auf faire und gleiche Wahlen in Frage gestellt, wäre er im Kern seiner Identität getroffen. Auch kulturelle Grundrechte, etwa der Eingeborenen in Lateinamerika, sind unverfügbar, weil sie zur Würde des Menschen gehören. In Deutschland gibt es eine Vielzahl von Theorien zur Menschenwürde, die hier nicht im Einzelnen aufgeführt werden können, etwa die sogenannte Objektformel: der Mensch darf nicht zum Objekt staatlicher oder gesellschaftlicher Verfahren gemacht werden, oder die Identitätsphilosophie: der Mensch darf nicht in seiner persönlichen Identität verletzt werden.

02) How to reconcile the Cooperative Constitutional State in face of the hardening of discriminatory movements against the assumption of minority rights? How to promote the Cooperative Constitutional State at a time when the national state is in crisis, due to the new financial capitalism, which presupposes the concentration and delegation of power to non-states structures?

Author: Prof. Dr. Valesca Raizer Borges Moschen² e Prof. Odilon Borges³.

² Federal University of Espírito Santo, Espírito Santo (Brazil).

³ Federal University of Espírito Santo, Espírito Santo (Brazil).

Zu 02: Diese Frage ist besonders schwer zu beantworten. Der Verf. verfügt nicht über die Erkenntnisse des „Weltgeistes“ i.S. von *Hegel* und er hat auch nicht eine „Weltübersicht“ i.S. von *Goethe*. Hier nur einige Stichworte: Kollektive und individuelle Minderheitsrechte finden sich im internationalen Recht und in nationalen Verfassungen. Sie werden in vielen Ländern durch Verfassungsgerichte effektiv geschützt. Diskriminierende Akte, wie sie derzeit in den USA zu befürchten sind, müssen politisch oder/und juristisch verurteilt werden. Wie man sieht, ist die Dritte Gewalt, gerade in den USA, *das* Bollwerk gegen Diskriminierungen, die Präsident *Trump* verordnet hat. Überhaupt ist anzumerken, dass es mindestens drei reale Schutzmächte gegen Grundrechtsverstöße gibt: freie Wahlen, eine freie Presse und die Dritte Gewalt der Gerichtsbarkeit. Die vom neuen Finanzkapitalismus verursachten Krisen sind eine große Gefahr für den Verfassungsstaat. Man denke an Steueroasen oder gezielte Steuerumgehungen, auch horrende Spekulationsgewinne. Hier leisten speziell in Europa die Staaten viel zu wenig. Man denke an Steuerparadiese wie Luxemburg und die Niederlande. Der öffentlichen Meinung in den einzelnen Ländern oder in Europa im Ganzen käme hier die Aufgabe zu, effektiv einzuschreiten und Grenzen zu ziehen (z.B. durch Transparenz). Mehr kann dazu die Wissenschaft nicht sagen. Der kooperative Verfassungsstaat als Ideal ist nie sicherer Besitz, er muss immer wieder neu erarbeitet werden. Hier gibt es immer wieder große Rückschläge, sogar im „Verfassungsverbund“ der EU, wie man an dem Beispiel Ungarns, Polens und der Tschechei sieht, die keine Asylberechtigten aufnehmen wollen oder wie in Polen vom Verfassungsprozessrecht her den Rechtsstaat relativieren wollen. Die Möglichkeiten des Wissenschaftlers, übermächtige politische Prozesse zu steuern, sind begrenzt. Gefordert ist gleichwohl *wissenschaftlicher Optimismus* und der immer wieder neue Versuch, gegen die Herrschaft des Kapitals vorzugehen. Das beginnt im sozialen Arbeitsrecht mit entsprechenden Arbeitnehmerrechten und endet im Kampf gegen internationale Konzerne, z.B. die sogenannten Hedge-Fonds. Ich selbst verstehe zu wenig von der Ökonomie und kann nichts Besseres antworten. Wichtig ist nur die Erkenntnis, dass die Wirtschaft um des Menschen willen da ist und nicht umgekehrt. Ebenso ist für eine „demokratiekonforme Wirtschaft“ zu plädieren, nicht für eine wirtschaftskonforme Demokratie, wie die deutsche Kanzlerin *Merkel* leider einmal formulierte. Der Markt ist nicht das Maß aller Dinge. Zu erinnern ist auch an die klassische Idee der Gewaltenteilung, sie besteht nicht nur in staatlicher Hinsicht zwischen den drei Gewalten, sondern auch in *gesellschaftlicher* Hinsicht. So muss die Welt der Medien von der Pluralismus-Idee beherrscht sein (vor allem Rundfunk und Fernsehen, so die Judikatur des BVerfG). Auch die Wirtschaft braucht gewaltenteilige Strukturen. Übermäßige Konzentration

und Machtmonopole müssen bekämpft werden. Die Frage ist nur, welche politischen Mächte solche Ziele verfolgen und durchsetzen können.

03) Are the marked differences in the political system of Latin America, still based on a conception of sovereignty, where the presence of the State is more referential, able to oppose to the idea of the Cooperative Constitutional State? If the basis of the Cooperative Constitutional State are the processes of integration between national and international regulations, how to interpret this theory in cases of disruption, as in the example of Brexit? Would this fact be the absolute denial of the idea of the Cooperative Constitutional State?

Author: Prof. Dr. Wagner Menezes⁴.

Zu 03: Ich bin vorsichtig bei der Bitte *Lateinamerika* zu beurteilen, ich bewundere nur den lateinamerikanischen Konstitutionalismus, wie er sich in vortrefflichen Verfassungstexten, etwa in Kolumbien und Brasilien sowie in der kongenialen Judikatur der dortigen Gerichte zeigt. Die lateinamerikanische Integration, hier in Gestalt der Zusammenarbeit von Wissenschaftlern, insbesondere Staatsrechtslehrern, des Austausches in den Entscheidungen der hohen Gerichte und der Theorien einzelner Staatsrechtslehrer, verdient viel Beifall, gerade auch aus Europa. – Zu Ihrer Frage in Bezug auf den *Brexit* Großbritanniens. Dieser wurde mit knapper Mehrheit der abgegebenen Stimmen der beteiligten Bürger beschlossen. Demokratie, verstanden als Mehrheitsdemokratie, steht hier gegen die Idee des kooperativen Verfassungsstaates. Zwar versuchen die Beteiligten einen „kooperativen Brexit“, indes ist der Brexit für die „Welt des Verfassungsstaates“ eine Katastrophe und für Europa ein Desaster. Gewiss: Großbritannien und die EU arbeiten an neuen Elementen der Kooperation außerhalb der EU, es gibt hier schon geglückte Modelle, etwa im Blick auf die Schweiz oder Norwegen. Gleichwohl ist der Brexit ein Rückschlag für die Idee vom kooperativen Verfassungsstaat, wie er besonders intensiv gerade innerhalb der EU seit Jahrzehnten vorangetrieben worden ist. Als Verfassungsjurist muss man sich immer wieder eingestehen, dass die Wirklichkeit die noch so guten Theorien leugnen oder überrollen kann. Dies sind die bitteren Stunden für die Vergleichende Verfassungslehre, so wie wir dies auch bei der völkerrechtswidrigen Annexion der Krim durch Russland oder beim illegalen Einmarsch der USA im Irak erlebt haben.

⁴ University of São Paulo – USP, São Paulo (Brazil).

04) Based on your reflections on constitutional law that maintains a certain openness to the international level, do you believe that the constitutional principles of international relations, Art. 4 of the Brazilian Federal Constitution (Bosnia Herzegovina - Preamble, Art. II, 1, 2 e 8, Art. III, 2, a -; Burkina Faso - Preamble -; Cape Verde - Art. 10; Djibouti - Art. 9 e Art. 22-; Iraq - Art. 8 -; Ireland - Art. 29, 1,2 e 3 -; Italy - Art. 11 -; Kazakhstan - Art. 8 -; Mozambique - Art. 17, 1, e Art. 19 -; Nicaragua - Art. 5, 8-; Norway - Art. 115-; Oman - Art. 10-;Philippines - Art. 2, 2-; South Sudan - 43 -; Sudan - Art. 17-; Suriname - Art. 7 -; Taiwan - Art. 141 -; Togo - Preamble -; Uzbekistan - Art. 17 -; Vietnam - Art. 12 -; Zimbabwe - Art. 12, 1, b e c, 2 -; Portugal - Art. 7, 1, 2 e 3 -; Venezuela - Art. 152 -; Paraguay - Art. 143, Art. 144 -; Equator - Art. 416 -; Bolivia - Art. 255 -; Dominican Republic - Art. 26 -; Afghanistan - Art. 8 -; Algeria - Art. 27, Art. 28 -; Angola - Art. 12, 1, 2 e 3 -; Bangladesh - Art. 25 -; Belarus - Art. 18 -; Bhutan - Art. 9, 24 -), constitute a kind of international consensus and could somehow be the constitutional basis for the formation of an “international constitution”?

Authors: Prof. Dr. Guilherme Camargo Massau⁵ e Prof. Thiago Ribeiro Rafagnin⁶.

Zu 04: Das nationale Verfassungsrecht der heutigen Entwicklungsstufe ist in der Tat durch viele Elemente der Offenheit gegenüber der Welt gekennzeichnet. Sie haben eine hervorragende Zusammenstellung dessen geleistet, was die vielen Länder an Textstufen in Sachen Weltoffenheit geschaffen haben. Teils wird Bezug genommen auf die internationalen Menschenrechte, teils wird internationale Kooperation normiert, teils der internationale Frieden und die internationale Gerichtsbarkeit beschworen. Wir sprechen bei uns gern von „offener Staatlichkeit“. Ich habe vorgeschlagen, von *nationalem Weltverfassungsrecht* zu sprechen. Dafür gibt es vor allem Beispiele in der Schweiz, föderal und kantonale. Die Welt soll durch verfassende Elemente von den Nationalstaaten her strukturiert werden, etwa in Sachen Menschenrechte, Frieden, Zusammenarbeit, Humanität und Gerechtigkeit. All dies sind Elemente dessen, was aus meiner Sicht „universale Verfassungslehre“ genannt werden kann (2013). Auch Hinweise auf die internationale Gerichte und die friedliche Schlichtung von internationalen Streitigkeiten gehört hierher. Aus meiner Sicht handelt es sich schon um „universale Teilverfassungen“, die komplementär sind zum nationalen Verfassungsrecht der betreffenden Länder. Es ist zu hoffen, dass dieses nationale Weltverfassungsrecht immer mehr wächst und sich die nationalen Verfassungsgeber in Zukunft um neue Themen, Instrumente und Verfahren

⁵ Federal University of Pelotas, Rio Grande do Sul (Brazil).

⁶ Federal University of Western Bahia, Bahia (Brazil).

in dieser Hinsicht bemühen. Ihre vielen Beispiele aus aller Welt ermutigen; sie zeigen auch, was die weltweite kontextuelle Verfassungsvergleichung leisten kann. Ich gratuliere zu dieser systematischen Zusammenstellung von Texten.

05) According to your view, are there aspects within International Constitutional Law that indicate the existence of a universal constitutionalism? What would be the legal *diplomas* already enacted under international law that make up this global constitutional system? Would it be feasible to create an International Constitutional Court to deal with such constitutional matters in international law?

Authors: Prof. Dr. Livia Gaigher Campello⁷ e Prof. Gustavo Santiago Torrecilha Cancio⁸.

Zu 05: Unmittelbar daran anschließend ist die Frage nach einem *Internationalen Verfassungsgericht* naheliegend. Wir vergegenwärtigen uns: Es gibt schon eine Reihe Internationaler Gerichte, die ich als „Teilverfassungsgerichte“ bezeichne. Man denke an den IGH in Den Haag, an die UN-Tribunale für Ruanda und Ex-Jugoslawien. Diese Internationalen Teilverfassungsgerichte sind für bestimmte Materien *begrenzt* eingerichtet. Nur der IGH in Den Haag ist ein ständiger Gerichtshof. Hinzuzunehmen ist auch der neue Internationale Strafgerichtshof nach dem Statut von Rom (auch in Den Haag). Aus meiner Sicht wäre es unrealistisch, einen allgemeinen Gerichtshof generalklauselartig für alle verfassungsrechtlichen Materien im Internationalen Recht zu schaffen. Es wäre eine Überforderung dessen, was Richter heute leisten können. Empfehlenswert ist es, eher *punktuell* einzelne Materien einem Gerichtshof zu unterwerfen, man denke an Aspekte des Klimawandels bzw. des Umweltschutzes, auch des Handels. Ein Weltgerichtshof bleibt eine Utopie im Geiste *Kants*, aber eine notwendige, um langfristig die Welt Schritt für Schritt besser zu machen. Auch die nationale Verfassungsgerichtsbarkeit hat sich in Europa erst in langer Zeit schrittweise entwickelt, sie lebt heute sogar unter dem deutschen GG nur nach dem Enumerationsprinzip. Vielleicht können wir auch auf das Paradigma von der Stückwerktechnik von *Popper* verweisen. Der kritische Rationalismus von *Popper* ist aus meiner Sicht für die vergleichende Arbeit am Verfassungsstaat ganz allgemein hilfreich – sofern er durch die Kultur grundiert wird: der kooperative Verfassungsstaat aus Kultur und als Kultur (2013).

⁷ Federal University of Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul (Brazil).

⁸ Federal University of Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul (Brazil).

06) In your article “The strength of integration of the Constitution”, published in *Argumentum Journal of Law* (2017), you mention the limits of the communitarization processes, among others, the principle of subsidiarity and the attempt to establish a “doctrine of European constitutional law”. In this context, on the aspect of integration, with the authorization of the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, what is the role of the interpreter of the Constitution in this moment of transition, in which the European Union is allowed to accede to the European Convention on Human Rights, but there is still no agreement reached for the protection of human rights in the doctrine of European constitutional law?

Authors: Prof. Dr. Anair Isabel Schaefer⁹ e Prof. Priscilla Saraiva Alves¹⁰.

Zu 06: Der Prozess der Vergemeinschaftung in Europa muss stärker als bisher dem Grundsatz der *Subsidiarität* folgen, sie verdankt sich der katholischen Soziallehre. Es gibt sogar dem Text nach die Möglichkeit einer „Subsidiaritätsrüge“. Sie wird im europäischen Verfassungsrecht in der Praxis zu selten erhoben. „Brüssel“ ist vorzuwerfen, dass es eine Neigung zur Zentralisierung entwickelt hat. Gerade heute ist hier Vorsicht am Platz. Wir unterscheiden zwischen dem Europarecht im *engeren* Sinne der EU und dem Europarecht im *weiteren* Sinne des Europarates in Straßburg. Es ist bedauerlich, dass der EuGH in Luxemburg in einem Gutachten den Weg vom EuGH zur Europäischen Konvention der Menschenrechte versperrt hat. Im Übrigen habe ich jüngst eine neue Theorie versucht: Europarechtswissenschaft als *Kulturwissenschaft*. Dieser Vortrag ist schon in Granada sowie in anderen Zeitschriften erschienen (z.B. in Peru). Das, was Europa auszeichnet, ist seine vielfältige *Kultur*. Diese zeigt sich nicht nur in der Sprachenvielfalt, sondern auch in Gestalt der sogenannten Kulturhauptstädte. Europas Identität ist greifbar in seiner *Kultur*: sie zehrt vom reichen kulturellen Erbe von Jerusalem, Athen und Rom bis nach Bologna, Paris und London. Genannt sei die griechische Philosophie und das römische Recht, auch die Romanik, Gotik und Renaissance. Erwähnt sei auch die klassische Musik vieler Jahrhunderte von der Gregorianik bis zur zweiten Wiener Schule. Diese Musik ist eine Weltsprache, sie stammt aber aus Europa. Renaissance, Humanismus, Aufklärung, sowie Judentum und Christentum kommen hinzu. Diese Rückbesinnung auf die Kultur (auch die Menschenrechte und den Rechtsstaat) könnte aus der gegenwärtigen Krise der EU herausführen. Die viel zitierte Pariser Rede des französischen Staatspräsidenten *Macron* an der Sorbonne geht wohl in diese Richtung, wenn er zwanzig wahrhaft europäische

⁹ Dom Bosco University, Rio Grande do Sul (Brazil).

¹⁰ Federal University of Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul (Brazil).

Universitäten fordert. Im Übrigen gibt es seit langem genuines „Europäisches Verfassungsrecht“, nicht mehr nur das Europarecht der Gründerzeit. Es gibt auch schon „gemeineuropäisches Verfassungsrecht“ (1991) – wie das alte *Jus commune*. Im Übrigen wird derzeit diskutiert, ob man die EU in zwei Geschwindigkeiten entwickeln soll, ein Kerneuropa mit den alten Nationalstaaten und ein weniger vergemeinschaftetes Europa am Rande (Stichwort: variable Geometrie). Die in diesen Tagen diskutierte Einbeziehung von Ländern des Weltbalkans, etwa Serbiens, Monte Negros und sogar Mazedoniens, erscheint mir zu verfrüht.

07) Has your pluralist conception of human rights originated only in the light of Eurocentric experiences or has it also been influenced by non-Eurocentric experiences?

Author: Prof. Dr. José Edmilson de Souza Lima¹¹.

Zu 07: Ich muss einräumen, dass meine ursprüngliche Grundrechtstheorie aus den Jahren 1962 (Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Aufl. 1983, mehrere Übersetzungen) sowie 1971 („Grundrechte im Leistungsstaat“) primär eurozentrisch konzipiert war. Mit meiner verfassungsvergleichenden Arbeit und mit dem Blick nach Übersee habe ich erst Ende der 1980er Jahre begonnen. Nur die Schweiz kam schon früher in mein Gesichtsfeld, da sie sich früh durch viele schöpferische Verfassungsreformen auf Kantonsebene auszeichnete. Heute lerne ich viel vom Verfassungsrecht ferner Länder in Übersee. Ich denke vor allem an die Themen des Schutzes der Eingeborenen und die Garantie der kulturellen Identität der Bürger und anderes mehr (etwa das Menschenrecht auf Wasser und Nahrung). Hier hat das Internationale Verfassungsgericht in Costa Rica noch viel zu leisten.

08) In your opinion, the constitutional interpretation needs to be placed and examined as broadly as possible from an open, pluralistic and procedural model of society, with new mechanisms of participation in the politically-constitutional process, eminently public, in order to contemplate the complexity of democratic societies. How to decide the conflicts arising from different behaviors determined by social groups such as the sacrifice of animals in religious cults?

Author: Prof. Dr. Heron Gordilho¹².

¹¹ University Centre of Curitiba, Paraná (Brazil).

¹² Federal University of Bahia, Bahia (Brazil).

Zu 08: 1975 habe ich das Paradigma von der offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten entwickelt. Es war letztlich, mir selbst damals noch nicht bewusst, geleitet von der Reformation bzw. dem Protestantismus von *Martin Luther*: Priestertum aller Gläubigen. Meine These: Wer die Verfassung *lebt*, interpretiert sie auch mit. Dies bewahrheitet sich etwa bei der Relevanz der Wissenschaftler und Künstler für die Wissenschafts- und Kunstfreiheit (Stichwort: Berücksichtigung des Selbstverständnisses der Wissenschaftler und Künstler). Die offene Gesellschaft muss freilich kulturell grundiert bleiben, sonst stürzt sie ins Bodenlose. Aus der gemeinsamen Kultur aller Bürger speist sich der bürgerliche Zusammenhalt. Gewiss, die Komplexität demokratischer Gesellschaften nimmt zu. Doch darf es zu keinen „Parallelgesellschaften“ kommen. Der *Grundkonsens* freiheitlicher Demokratien muss von allen immer neu erarbeitet werden. Dabei sind auch Randgruppen, etwa Ausländer, zu integrieren. Doch müssen diese guten Willens sein. Die Religionsfreiheit hat ihre Grenzen, man denke an verbotene Menschenopfer oder das Opfer von Tieren heute. Vermutlich sehen sich die Länder in Lateinamerika angesichts der Kultur der Eingeborenen solchen Fragen gegenüber. Ich selbst kann leider dazu wissenschaftlich nicht mehr beitragen und bitte um Nachsicht. Hier noch ein Hinweis auf ein Defizit. Es fehlt bislang eine Verfassungstheorie der NGO's, unter Hinweis auf Aufgaben, Strukturen, Verfahren und Grenzen. Sie gehören zur „Zivilgesellschaft“. Diese wird viel zitiert, und in Deutschland müsste man sich mit dem auf *Hegel* zurückführenden Unterschied zwischen Staat und Gesellschaft befassen.

09) In the context of an open society of interpreters of the constitution, who holds, if it is possible for “anyone” to hold it, the last decision on constitutional interpretation?

Author: Prof. Dr. Marcelo Cattoni¹³.

Zu 09: Aus meiner Sicht gibt es entgegen der Auffassung des deutschen BVerfG, das uns so kostbar ist, keine „letzten Worte“. Auch die Staatsrechtslehre als Wissenschaft kann nicht für sich in Anspruch nehmen „letzte Worte“ zu formulieren. Die Auslegung der Verfassung ist ein *ständiger* öffentlicher Prozess, in dem und an dem viele Akteure beteiligt sind. So wichtig Verfassungsgerichte sind: sie können nicht die Autorität des „letzten Wortes“ in Anspruch nehmen. An dieser Stelle ist auch an die glückliche Erfindung von verfassungsrichterlichen *Sondervoten* zu denken, es gibt sie in Deutschland, Spanien und in Straßburg, nicht jedoch am EuGH in Luxemburg. Ich spreche gern von „Alternativjudikatur“ (im Sinne meines alternati-

¹³ Federal University of Minas Gerais, Minas Gerais (Brazil).

ven Denkens). Ich erinnere auch an die Praxis der Sondervoten am US-Supreme-Court. Sondervoten können im Laufe der Zeit normative Kraft entfalten und die vorläufige Mehrheitsmeinung der Richter buchstäblich „überholen“. Dazu gibt es Beispiele aus der jüngeren Judikatur des deutschen BVerfG, etwa in Sachen Privateigentum.

10) You defend that it is not possible to deny the “communication between norm and fact” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*) and, therefore, that it is necessary for constitutional judges to adopt expanded means of information. This is an important critique of the traditional view of the Kelsenian matrix on the scope of so-called “abstract control” of the constitutionality of laws. Over time, it was possible to see that many techniques can be adopted to achieve this goal of improving the communication between constitutional norm and facts. One of the best known is inspired by your theory that the interpretation of the constitution must be open to the democratic community in order to ensure rational and constitutional dialogue between the Supreme Court and society. Brazil has adopted this theory and the Federal Supreme Court has already tried out 22 public hearings and has engaged in *amici curiae* dialogue in abstract control for 19 years. After seeing these procedures being implemented in Brazil and in other countries, do you understand that your theory has been sufficiently tested? Does the Brazilian case have some importance for the confirmation (or not) of your hypotheses about the scope and possibilities of dialogical mechanisms to improve democracy by open interpretation of the constitutional text?

Author: Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazon¹⁴.

Zu 10: Es gibt einen intensiven Zusammenhang zwischen Norm und Sachverhalt. Der Positivismus kann ihn nicht abbilden. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) ist von einem doppelten Ansatz her geprägt: von einem grundrechtstheoretischen und von einem demokratiebegründeten Ansatz aus. So kommt es zu einem Dialog zwischen dem Verfassungsgericht und der Gesellschaft bzw. der Bürgergemeinschaft (Stichwort: Bürgerdemokratie, Zivilgesellschaft). Zu meiner Freude hat sich das Bundesgericht in Brasilia in vielen Fällen dank der Ideen von Professor *Mendes* der Instrumente des öffentlichen Hearings und des *amicus curiae* bedient. Es kommt zu intensiven und weitreichenden verfassungsrechtlichen Dialogen. Dies kann gar nicht überschätzt werden. In Europa spricht man derzeit auch neu

¹⁴ University of Western Santa Catarina, Santa Catarina (Brazil) and Positivo University, Paraná (Brazil).

vom Dialog der Verfassungsgerichte, z.B. zwischen Madrid, Rom und Karlsruhe bzw. den Gerichten in Luxemburg und Straßburg. Ich weiß nicht, ob andere Nationen schon ähnliche Wege gehen. Vonnöten ist eine reife Demokratie und ein sehr professionell arbeitendes Verfassungsgericht, wie dies in diesem Fall in Brasilien gelungen ist. Mir fehlt die „Weltübersicht“ eines *Goethe*, um sagen zu können, ob es andere Instrumente des Dialoges auf anderen Kontinenten gibt. Ich weiß nur, dass etwa Peru sein Verfassungsprozessrecht sehr verfeinert hat. Auch Chile und Kolumbien sind auf guten Wegen. Meine Theorie vom Verfassungsprozessrecht als „konkretisiertes Verfassungsrecht“ ist hier einschlägig. Die nächste Generation der Wissenschaftler weltweit muss um offene Verfassungsinterpretation in diesem Sinne ringen. Den Internationalen Verfassungsgerichten wie in Costa Rica oder Straßburg käme hier eine neue Aufgabe zu. Ich danke auch hier für die hervorragende Frage.

11) Your most influential book in Brazil, “Constitutional hermeneutics - The open society of the interpreters of the Constitution: Contribution to pluralist interpretation and ‘procedural’ of the Constitution”, provided a major reform in Brazilian constitutional law. Great example is the jurisprudential insertion in the Federal Supreme Court of the possibility of procedural collaboration of the *amicus curiae*, a model later inserted in national legislation as a procedural rule open to numerous cases, no longer restricted to constitutional issues. After a few years of this work, what is the current challenge to concretize this constitutional opening? What is the future of the “open society”?

Author: Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira¹⁵.

Zu 11: Ich verfolge dankbar, dass in Brasilien der Ansatz, mit der offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten im Verfassungsgericht Ernst zu machen, aufgegriffen worden ist. Ich meine jedoch, dass nur in *spezifisch verfassungsrechtlichen* Fällen mit diesem prozessualen Ansatz gearbeitet werden sollte. Im Strafrecht und im Zivilrecht, auch im Steuerrecht, geht es nicht in diesem Sinne um Offenheit. Ich vertrete eine sogenannte *bereichsspezifische Methodenlehre*: im Verfassungsrecht muss anders argumentiert werden als etwa im Strafrecht als typischen „Eingriffsrecht“. – Die Zukunft der offenen Gesellschaft im Sinne *Poppers* ist heute vielen Gefahren ausgesetzt, man denke an die autoritären Strukturen, die in Polen und der Türkei heranwachsen, auch an den vielzitierten Populismus, der wohl dem US-Präsidenten *Trump* zur Macht verholfen hat. Gefahren drohen auch vom *Internet* her. Es darf kein rechts-

¹⁵ University of Marília, São Paulo (Brazil).

und staatsfreier Raum sein. Die sozialen Medien geben leider den Fake news Spielraum. Gegen Lügen und Falschnachrichten muss der Verfassungsstaat um der Wahrheit willen mit allen ihm möglichen Verfahren und Instrumenten vorgehen. Ich habe vor Jahren ein Buch veröffentlicht zum Thema: „Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat“. Die sogenannten Wahrheitskommissionen wie in Südafrika und zuletzt in Tunesien sind gelungene Erfindungen der dortigen offenen Gesellschaften. Heute muss Neues geschaffen werden, um die offene Gesellschaft zu bewahren. Die staatliche Justiz mit ihrem tagtäglich praktizierten Wahrheitspostulat bleibt unverzichtbar.

12) About your considerations on the proper “time” for State’s reform and the “cost” of its neglect for the society, presented in the article “The Constitutional State and its reform requirements” (2000), almost two decades of these reflections had passed and during those years governments developed many actions aiming at effective constitutional provisions on good governances practices. Considering the Latin America scenario, especially Brazil, which measures could you your lordship could point as the main success cases regarding the openness of State to include citizens in decision-making? At the same time, which are the most serious problems that jeopardize the opening of the formal democracy proposed by social actors? One believe that occurred a throwback in the last biennial in Brazilian deliberative democracy, for this reason, which would be now the Supreme Court role in front of this challenges?

Author: Prof. Dr. Luciana Cristina de Souza¹⁶.

Zu 12: Ich habe in der Tat vor vielen Jahren darüber nachgedacht, wie ein Verfassungsstaat den richtigen Zeitpunkt für Verfassungsreformen ergreifen kann: das „Momentum“, der „kairos“. Dieses Problem ist ein Ausschnitt des Themas „Zeit und Verfassung“ (1974), das jüngst in Lima als Buch in spanischer Sprache wieder erschienen ist. Über die allgemeine Lage Brasiliens zu sprechen, erlaube ich mir nicht recht. Einerseits bin ich Ihrem Land aus vielen Gründen freundschaftlich verbunden, andererseits bin ich nicht über alle Gefahren genau informiert. Gefährlich ist sicherlich die oft genannte Korruption auf vielen Feldern. Ich weiß nicht, wie man diesem Defizit in der politischen Kultur Ihres Landes abhelfen soll. Entwickelt werden müsste schon in den Schulen eine Art Bürgerethik. Zu denken ist auch an spezielle staatliche Korruptionsbeauftragte oder Kommissionen (Ombudsmann). Ihr Bundesgericht in

¹⁶ Milton Campos Law School, Minas Gerais (Brazil)

Brasilia leistet hier als Bollwerk gegen die Exekutive schon viel. Überhaupt erweist sich, dass die Dritte Gewalt in Brasilien viel Vertrauen verdient und verlangt. Zu erwägen wäre auch ein Mehr an direkter Demokratie, wie dies die Schweiz vorlebt. Der Bürger hat doch ein feines Gefühl in Sachen Korruption oder Amtsmissbrauch. Vielleicht bin in dieser Hinsicht auch ein wenig zu optimistisch oder gar naiv? Ich danke jedenfalls für diese Frage, die ich nicht gut beantworten kann.

13) How do the transformations of communication through social media impact the open society of interpreters of the Constitution? What are the positive and negative points that you identify for the democratic debate, since it ends up being influenced by the immediate furor of what “viralizes” in the internet, as opposed to a list of public interests that ends up being, therefore, forgotten, because of this phenomenon?

Author: Prof. Dr. Irene Patrícia Nohara¹⁷.

Zu 13: Die Transformation der *Medienwelt* verlangt nach ganz neuen Verfahren, Instrumenten und Institutionen. Einerseits gibt es manche positive Punkte der zunehmenden Intensivierung und Aktivierung des demokratischen Prozesses. Andererseits sehen wir uns großen Gefahren gegenüber. Ich habe vom Kampf gegen fake news schon gesprochen, auch von der Vertrauensrolle der Dritten Gewalt. In Deutschland ist ein sogenanntes „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ sehr umstritten, weil es den Medien das Recht gibt, ohne richterliche Grundlage Hassnachrichten zu löschen. In Frankreich ist ein ähnliches Gesetz angekündigt worden. Mehr kann ich leider nicht sagen.

14) From the premises of the society of the interpreters, is it possible that freedom of expression becomes a “freedom to misinform”, as one observes with fake news?

Author: Prof. Dr. Sandro Marcelo Kozikoski¹⁸.

Zu 14: Wenn man von der offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten her denkt, dann darf es keine Freiheit zur Desinformation geben. Leider ist die Abgrenzung von Information und Desinformation schwierig. Die Meinungsfreiheit ist bekanntlich einer der wichtigsten Grundlagen der Demokratie, doch muss sie auch ihre Grenzen haben, etwa im Persönlichkeitsrecht und Privatheitsschutz der Betroffenen. Auch Geheimhaltungsvorgänge im Interesse

¹⁷ Mackenzie Presbyterian University, São Paulo (Brazil).

¹⁸ Federal University of Paraná, Paraná (Brazil).

des Staatswohles sind zu bedenken. Auch bei dieser Frage kann ich leider nur rudimentär antworten.

15) What is the approximation and main difference between the “open society of interpreters of the Constitution” thesis and the normative theories that defend the influence of public opinion on the decisions of the constitutional courts as a kind of “sociological legitimating” of the constitutional jurisdiction?

Author: Prof. Dr. Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹⁹.

Zu 15: Mein Paradigma von der offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) lebt vor allem von dem Gedanken, dass man den Blick auf die *Akteure*, d.h. die Beteiligten bei der Verfassungsauslegung richtet. Dieser Kreis der Beteiligten ist offen. Der Begriff der öffentlichen Meinung ist mir zu wenig strukturiert und zu allgemein. Von *Hegel* stammt der Satz: In der öffentlichen Meinung ist alles Wahre und Falsche zugleich. Gegen den Begriff der soziologischen Legitimierung der Verfassungsgerichtsbarkeit würde ich mich nicht wenden. Doch möchte ich mich nicht allgemein auf die Schiene der Soziologie drängen lassen. In der Verfassung ist die Wirklichkeit mitgedacht (Stichwort: Wirklichkeit der Verfassung, wirklichkeitsorientierte Verfassungsinterpretation). Im Übrigen: die offene Gesellschaft ist kein Tor zur Beliebigkeit. Sie ist rechtlich strukturiert und kulturell grundiert. Sie ist „verfasste Gesellschaft“.

16) How do you analyze “judicial activism” for interference in political issues and their repercussions on democracy, development, stability and credibility of institutions, especially when political decisions actually seem inadequate in their content, causing popular outcry.

Authors: Prof. Dr. Mariana Ribeiro Santiago²⁰ e Prof. Dr. Jonathan Vita²¹.

Zu 16: Abstrakt lässt sich nicht sagen, *wann* richterlicher Aktivismus in einem Verfassungsstaat geboten ist und wann richterliche Zurückhaltung angezeigt ist. Zu vermuten ist ein Wechselspiel: richterliches Vordringen und richterliches Zurückhalten. So wurde in den USA die New-deal-Gesetzgebung von Präsident *Roosevelt* unterschiedlich beurteilt. In Deutschland

¹⁹ Rio de Janeiro State University, Rio de Janeiro (Brazil).

²⁰ University of Marília, São Paulo (Brazil).

²¹ University of Marília, São Paulo (Brazil).

war es angebracht, dass Fragen der Wiedervereinigung vom BVerfG in Karlsruhe mit richterlichen Aktivismus mit gestaltet wurden. Mir scheint, dass heute in Brasilien in Fragen der Korruption die Dritte Gewalt besonders gefordert ist, da die anderen Staatsfunktionen zu versagen scheinen.

17) What is your opinion about “judicial activism”, especially the growing appreciation of a certain “economism” in the understanding of the application of public policies, above all, but not only, by the mass media? While valuing the importance of a certain orthodoxy in the treatment of public accounts, as well as the relevant question of fiscal responsibility etc., the evaluation that has been given to these aspects leads to a perspective of valuing the “reserve of the possible” to the detriment of “constitutional extensiveness”, with an attack - mostly virulent - to our system of control of constitutionality and its application. What is your possible evaluation on the subject?

Author: Prof. Dr. Rubens Beçak²².

Zu 17: Auch diese Frage ist sehr schwer. Ich spreche mich immer wieder gegen den weltweit verbreiteten *Ökonomismus* aus. Die Wirtschaft ist um des Menschen willen da, nicht umgekehrt. Der berühmte „homo oeconomicus“ ist allenfalls eine Teilwahrheit. Es geht nicht nur um rationale Nutzenmaximierung, die staatlichen Gemeinwohlaufgaben dürfen nicht von der Ökonomie her relativiert werden. Hierher gehört auch die Frage nach den Grenzen des Lobbyismus (Stichwort: Transparenz). Bei den Teilhaberechten von Grundrechten (Leistungsgrundrechte) ist freilich der „Vorbehalt des Möglichen“ erforderlich, weil die staatlichen Gemeinwohlfunktionen nicht wirtschaftlich Unmögliches verlangen können. Dieser Möglichkeitsvorbehalt wurde von mir 1971 vorgeschlagen. Er zeigt auch Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit auf. Daran muss, so schmerzlich dies ist, immer wieder erinnert werden.

18) With regard to the theme of “judicial activism in Brazil”, would it be appropriate to talk about “values” to motivate sentences if the values do not have a rational basis for discursive mediation?

Author: Prof. Dr. Ana Carla Pinheiro Freitas²³.

²² University of São Paulo – USP, São Paulo (Brazil).

²³ University of Fortaleza, Ceará (Brasil).

Zu 18: Der richterliche Aktivismus in Brasilien verlangt einen großen schöpferischen Haushalt von Argumenten und ihre Offenlegung. Der Verfassungsstaat ist eine nationale Wertegemeinschaft. Urteile müssen auf diese Werte Bezug nehmen, man denke an die Grundrechte und an Fragen des Friedens und des guten Zusammenlebens, des Gemeinwohles und der sozialen Gerechtigkeit. Hier kommen auch *emotionale* Aspekte ins Spiel. Man denke an die Flaggengrußfälle in den USA. Nationalhymnen, Nationalflaggen (als kulturelle Identitätselemente eines Verfassungsstaates) und andere emotionale Momente, etwa in der Erinnerungskultur, liefern gegebenenfalls gute Argumente, wenn es um ihren Schutz geht. Ich habe über diese Themen im Rahmen meiner Verfassungslehre als Kulturwissenschaft immer wieder gearbeitet. Relevant wird das „Menschenbild“ einer Verfassung: der Mensch ist ein rationales und zugleich emotionales Wesen, gerade auch in seiner Gemeinschaftsverbundenheit. Von dieser Einsicht sollte sich auch der demokratische Diskurs innerhalb des Rahmens der Verfassung leiten lassen: *ratio* und *emotio*.

19) How to enforce fundamental rights without promoting judicial activism? Is it possible to reconcile the values of cultural manifestation of the Federal Constitution and the defense of minorities against economic interests in a scenario of multiple agents, interpreters of the Brazilian Constitution? How is it possible? How to democratize the discourse of the big media as opinion makers?

Authors: Prof. Felipe Chiarello de Souza Pinto²⁴, Doctorate Tais Ramos²⁵, Doctorate Yuri Nathan da Costa Lannes²⁶.

Zu 19: Die Durchsetzung der Grundrechte kann auf verfassungsrichterlichen Aktivismus nicht verzichten. Dies zeigt etwa die Judikatur des deutschen BVerfG in Karlsruhe seit den 50er Jahren. Heute müssen in Deutschland wie in Brasilien die hohen Gerichte darauf achten, dass kulturelle Rechte und der Schutz der Minderheiten in der Konfrontation mit ökonomischen Interessen nicht zu kurz kommen. „Kultur gegen Wirtschaft“ könnte ein Stichwort sein (z.B. beim Schutz der Regenwälder und der Natur insgesamt). Man darf vielleicht auf die Idee der Verfassung selbst zurückgreifen. Verfassung ist theoretisch immer ein Stück Beschränkung von Macht und Schutz gegen Machtmissbrauch, gehe es um staatliche oder gesellschaftliche Macht. So wichtig der Markt ist, in ihm kommt es zu Kumulation wirtschaftlicher Macht, zu

²⁴ Mackenzie Presbyterian University, São Paulo (Brazil).

²⁵ Mackenzie Presbyterian University, São Paulo (Brazil).

²⁶ Mackenzie Presbyterian University, São Paulo (Brazil).

grenzenlosem Wachstum und zu uferlosen Gewinnen, die für die Offenheit des politischen Prozesses gefährlich sind. Einschlägig wird hier die Pluralismus-Idee, wie sie das deutsche BVerfG mit seiner Unterscheidung zwischen Außen- und Binnenpluralismus für die Medien erarbeitet hat. Der Schutz der Offenheit des demokratischen Diskurses in der Auseinandersetzung mit den wirtschaftlich mächtigen Medien ist ebenso wichtig, wie schwer zu verwirklichen. Vielleicht hilft ein Ombudsmann gegenüber den Medien (Beispiel Schweiz). In Deutschland wurde die Formulierung geprägt: Zähmt den Kapitalismus! Der Markt ist kein Wert an sich, er hat nur instrumentale Bedeutung. Dem Fundamentalismus der Marktideologie muss die Offenheit der – kulturellen – Gesellschaft gegenüber gestellt werden. Wegen der Globalisierung kommt es zu neuen Schwierigkeiten. Letztlich ist nur eine Berufung auf die *kulturellen Werte* hilfreich, leider kann ich nicht mehr dazu sagen. Ich freue mich, dass auch Doktoranden aus Sao Paulo diese schwierige Frage gestellt haben und danke dafür.

20) The balance between rights has been a resource used by constitutional courts in their decisions. The European Court of Human Rights, the German Federal Constitutional Court and the Federal Supreme Court in Brazil, for example, are some of the courts that use this practice. Two situations are especially sensitive. The first, with the consideration for adoption of a position against *legem*; the second, in cases of indetermination of the constitutional text. Given these two situations, should not the constitutional court adopt a self-restraint stance to guarantee the primacy of the majority choices?

Author: Fausto Santos de Morais²⁷.

Zu 20: Die *Güterabwägung* zwischen einzelnen Grundrechten und anderen Verfassungswerten ist ein Schlüssel für alle Verfassungsgerichte (vgl. auch das Symbol in der Kunst: Justitia mit der Waage). In Deutschland wurde sie schon in der Weimarer Zeit entwickelt (u.a. von *R. Smend*). Dramatisch und umstritten sind heute die Abwägungen zwischen der Meinungs- und Pressefreiheit einerseits, dem Persönlichkeits- und Privatheitsschutz andererseits. Man denke aber auch an den Konflikt zwischen dem Umweltschutz und dem gemeinwohlpflichtigen Privateigentum (z.B. der Ölfirmen). Verfassungsgerichte können sich oft mit Hilfe der „verfassungskonformen Auslegung“ von Gesetzen ihren Weg bahnen. In den Fällen, in denen ein verfassungsrechtlicher Text unbestimmt ist, dürfen sich die Verfassungsgerichte eher zurückhalten, um den Vorrang der im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Mehrheit des Parlaments

²⁷ Southern College, Rio Grande do Sul (Brazil).

bzw. ihren Wertungen Rechnung zu tragen. Dies verlangt viel Takt und Feingefühl. In den USA gibt es die Formel: „The supreme court follows the elections“. Sie ist kühn und sollte nur sehr vorsichtig verwendet werden: keine Tyrannei der Mehrheit.

21) There is a very great criticism in the present time about the fact that the Brazilian Federal Supreme Court is wasting a lot of time on issues that are not constitutional, such as the forum by prerogative of function. What is your view on these non-constitutional functions of a court that should be almost entirely concerned with the interpretation of the Constitution?

Author: Prof. Dr. Emerson Ademir Borges²⁸.

Zu 21: Ich verstehe die Kritik am Obersten Bundesgericht in Brasilia insofern es Fälle entscheidet, in denen es nicht um *spezifisch* verfassungsrechtliche Fragen geht. Aus funktionell-rechtlichen Gründen sollte Brasilia den sogenannten „Fachgerichten“ im ganzen Land Raum lassen. Man denke an Zivil- oder Strafgerichte. Man sollte nicht alles einer „Allgegenwart der Verfassung“ unterwerfen. Die klassischen Rechtsgebiete, z.B. das Bürgerliche Recht haben ihr *Proprium*, oft mit klassischen Rechtsweisheiten, etwa zum Interessenausgleich. Expandiert die Verfassungsgerichtsbarkeit zu weit, bringt sie sich auf lange Sicht selbst in Gefahr.

22) Are you aware of decisions of the Brazilian Federal Supreme Court? Do you see in the current decisions of the Ministers of the Brazilian Federal Supreme Court any application of the theory of open interpretation?

Author: Prof. Dr. Flávia Leite²⁹.

Zu 22: Ich kenne manche Entscheidungen des Bundesgerichts in Brasilia. Herr Bundesrichter *G. Mendes* hat sie auch in Deutschland bekannt gemacht und in einem Aufsatz im Jahrbuch des öffentlichen Rechts genau dargestellt, gerade auch in Sachen offener Verfassungsinterpretation. Mehr kann und will ich dazu nicht sagen, doch freue ich mich natürlich, wenn man als Wissenschaftler gelegentlich der Praxis helfen kann. Wir sind alle *Diener* des Rechts, über nationalstaatliche Grenzen hinweg. Besonders den jungen Juristen sollte dies vorgelebt werden.

²⁸ University of Marília, São Paulo (Brazil).

²⁹ Sao Paulo State University, São Paulo (Brazil).

23) It has been observed that some judges in Brazil believe that an open society of interpreters allows each judge to interpret independently of the limits imposed by the constitutional text. Thus, does the use of your work in Brazil in a wrong understanding and as an instrument for “decisionism” discomfort you in anyway?

Author: Prof. Dr. Flávio Pansieri³⁰.

Zu 23: Die „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ darf nicht dazu führen, dass jeder Richter unabhängig von den Grenzen des *Verfassungstextes* interpretiert. In Deutschland gibt es eine große Diskussion darüber, ob der „Wortlaut des Gesetzes“ eine Grenze markiert. Ich meine, dass wir die klassischen vier Auslegungsmethoden, die *Savigny* 1840 kanonisiert hat, zur *Selbstdisziplinierung juristischer Auslegung* brauchen. Hinzugefügt sei freilich die Rechtsvergleichung als „fünfte“ Auslegungsmethode. Das Zusammenspiel der vier bzw. fünf Auslegungsmethoden ist je nach Materie und Gesetz, in Raum und Zeit variabel. Verlangt ist das klassische „Judiz“ des erfahrenen Richters. Es darf nicht zur Beliebigkeit und einem versteckten Dezisionismus kommen. Manches wird dazu in Europa unter dem Stichwort „Richterstaat“ und seine Grenzen diskutiert, auch als Kritik am BVerfG.

24) What, in your opinion, is the international role of German public law in face of the rise of American techniques and methods? Is German public law - abstract, philosophical, and conceptual - being superseded, in terms of preference, by jurisdictions that were traditionally sensitive to it by methods, pragmatists and empiricists of American inspiration?

Author: Prof. Dr. José Vicente Mendonça³¹.

Zu 24: Man darf in aller Bescheidenheit sagen, dass die internationale Ausstrahlung des heutigen deutschen Verfassungsrechts zum GG, auch dank der Autorität des BVerfG in aller Welt groß ist. Es gibt sogar Äußerungen aus den USA, wonach das deutsche Rechtsdenken dem US-amerikanischen überlegen sei. Ich bin nicht dieser Auffassung. Wir brauchen den eher pragmatischen fallorientierten Ansatz der USA und auch Großbritanniens. Ich bleibe ein Bewunderer des US-Supreme-Courts und freue mich zugleich über die Leistungen des deutschen BVerfG und seine systematischen Errungenschaften und dogmatischen Erfindungen, z.B. in Sachen Schutzpflichten für Grundrechte.

³⁰ Pontifical Catholic University of Paraná, Paraná (Brazil).

³¹ Rio de Janeiro State University, Rio de Janeiro (Brazil).

25) In an open and plural society of interpreters, it is questioned: what is the ethical minimum to be sought in constitutional decisions so that effectiveness can be obtained in the 21st century?

Author: Prof. Dr. Frederico Antonio Lima de Oliveira³².

Zu 25: Die Kernfrage aus Amazonien bezieht sich auf das *ethische Minimum* in verfassungsrichterlichen Entscheidungen. Daran ist immer wieder zu erinnern. Das ethische Minimum findet sich z.B. in der Garantie der Menschenwürde, im Verfassungsprinzip der Toleranz, in der staatlichen und gesellschaftlichen Gewaltenteilung und im pluralistischen Demokratieverständnis. Das ethische Minimum muss durch eine Art ungeschriebene Ewigkeitsgarantie geschützt bleiben. Der Schutz von Minderheiten gehört hinzu, ebenso die soziale Gerechtigkeit, so konkretisierungsbedürftig diese ist. Der Schutz des ethischen Minimums ist in einem politischen Gemeinwesen *allen Bürgern* und Gruppen anvertraut, nicht nur dem Verfassungsrichter. Er beginnt in den Schulen mit den dortigen Erziehungszielen, z.B. in Sachen Toleranz und Respekt vor der Würde des Anderen, und er endet vorläufig in verfassungsrichterlichen Entscheidungen. Die Gefahren im 21. Jahrhundert haben wir schon angesprochen. Sie sind vor allem wegen der Globalisierung groß (Stichwort: unkontrollierter Finanzkapitalismus, Internet, Massenmedien, entgrenztes Wachstum, uferlose Gewinnmaximierung). Auch die Migration über Kontinente hinweg, stellt neue Herausforderungen. Hier geht es um einen Ausgleich zwischen der Humanität einerseits und den Grenzen der Integrationsfähigkeit eines Landes andererseits. Deutsche Bundespräsidenten weisen zu Recht darauf hin, dass unsere Kapazitäten für Zuwanderer begrenzt sind. Gleiches gilt für Länder wie Griechenland und Italien, die dem Zustrom von Flüchtlingen besonders ausgesetzt sind.

26) Considering that cooperative federalism comprises an institutional articulation on not only normative bases, but that involve an economic support for the implementation of public policies, how it is possible to overcome the obstacles to a cooperative federalism in Brazil, in a scenario, in which many municipalities, endowed with few financial resources, prefer to invest in efforts to obtain resources from the Union, submitting to federal government regulation, but lacking any interest for local governments in pursuing a particular public policy?

³² University of Amazônia, Amazonas (Brasil).

Author: Prof. Dr. Álisson José Maia Melo³³.

Zu 26: Mitte der 80er Jahre hatte ich für Deutschland und darüber hinaus die Idee der *gemischten Bundesstaatstheorie* entwickelt. Es gibt Elemente des Trennungsföderalismus („separative federalisme“), des kooperativen Föderalismus, des unitarischen Bundesstaates und des fiduziarischen Föderalismus. Letztere Wortprägung stammt von mir, sie meint die Hilfe, die im Rahmen der deutschen Wiedervereinigung nach 1989 von Westdeutschland aus für die ostdeutschen Länder geleistet wurde, auf Bundes- und Landesebene. 1949 stand in Deutschland bzw. seinem GG der Trennungsföderalismus im Vordergrund. Heute beobachten wir (leider) Erscheinungsformen einer starken Unitarisierung. 1968 wurde der „kooperative Föderalismus“ im deutschen GG institutionalisiert, Stichwort: Gemeinschaftsaufgaben. Formen des kooperativen Föderalismus finden sich auch in den USA oder in Australien. Im Laufe der Geschichte lässt sich ein Wechselspiel zwischen diesen Formen des Föderalismus beobachten. Heute wird in Deutschland um das sogenannte „Kooperationsverbot“ gestritten. Es geht um die Frage, ob der Bund etwa im Bildungsbereich direkt die Universitäten und Gemeinden bzw. Schulen in den Ländern finanziell unterstützen darf, obwohl die Kulturhoheit und die Gemeindehoheit zu den Länderkompetenzen gehört, So will heute der Bund den Kommunen zugunsten der Flüchtlinge finanzielle Hilfen zukommen lassen. Offenbar stellt sich in Brasilien dieselbe Frage. Dort und auch bei uns kann nur eine formale Verfassungsänderung der Bundesverfassung weiterhelfen. Der Bund darf nicht extra-konstitutionell handeln, so groß die finanzielle Not der Gemeinden sein mag und so sehr die Idee des kooperativen Föderalismus in Brasilien wegleitend ist. Ihr Land sollte alle genannten Elemente des „gemischten Föderalismus“ harmonisch miteinander verbinden. Der vergleichende Föderalismus ist gefragt.

27) Considering the importance of peace in the contemporary world and considering that without peace there is no right to freedom, which is also a right of the personality, is it possible to affirm that peace is also a paradigm for civil law, as it should illuminate all areas of the law?

Author: Prof. Dr. Maria Helena Diniz³⁴.

Zu 27: Diese Frage in Sachen *Frieden* kommt mir sehr gelegen. Ich habe Ende September 2017 ein Buch veröffentlicht mit dem Titel: Die „Kultur des Friedens – Thema der universa-

³³ Setembro, 7 Law School, Ceará (Brasil).

³⁴ Pontifical Catholic University of São Paulo, São Paulo (Brazil).

len Verfassungslehre“. Dort bin ich der Frage nachgegangen, wie weltweit die nationalen Verfassungen mit dem Thema Frieden umgehen. Die „Sprache des Friedens“ habe ich auch im Europaverfassungsrecht und dem internationalen Recht systematisch erarbeitet. Sie haben Recht: ohne Frieden ist alles nichts. Alle Freiheitsrechte hängen vom präexistierenden Friedenszustand ab. Wir brauchen hier die Unterscheidung der Klassiker zwischen friedlosem *Naturzustand* und friedlichen *Kulturzustand*. Das Prinzip Frieden prägt auch das gesamte Zivilrecht. Man denke an den Zugang zum Recht als Element des Friedens oder an das Rechtsschutzinteresse als Ausdruck der Friedensordnung, auch den Ausgleich privater Interessen. Frieden durch Recht ist der übergreifende Gedanke (auch im Strafrecht). In klassischen Schriften wurde seit vielen Jahrhunderten zu Recht oft auf die Zusammengehörigkeit von pax und justitia hingewiesen. Das verfassungsstaatliche Gewaltmonopol ist dabei unverzichtbar.

28) The theoretical formulation on the open society of the interpreters represents an important attempt to legitimize the social actors in the process of the constitutional decision. On the other hand, could not this openness diminish the potential of popular sovereignty in democratic politics, since the people and the political parties could be replaced by these social actors?

Author: Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima³⁵.

Zu 28: Sie nehmen zu Recht den sozialen Sektor in den Blick. Hierher gehört vor allem auch der kulturelle Bereich. Es geht darum, eine *Verfassungstheorie der Zivilgesellschaft* zu entwickeln. An ihr fehlt es bisher. Man denke an die wichtigen NGO's auf vielen Feldern der Kultur, der Wirtschaft, dem Sozialen und der Umwelt. Der Kollege aus Fortaleza fragt zu Recht nach der Rolle der Volkssouveränität. Hier arbeite ich an einer neuen Sicht. Mit dem Politologen *D. Sternberger* meine ich, dass *nicht* alle Staatsgewalt vom Volk aus geht. Es gibt allgemeine Rechtsgrundsätze, es gibt die vorgegebene Menschenwürde und die Unabhängigkeit der Dritten Gewalt, die die Volkssouveränität von *vorneherein* begrenzt. Im Verfassungsstaat geht es von *vorneherein* um „*rechtsstaatliche* Demokratie“. Der Rechtsstaat liefert Regeln, die die Volkssouveränität beschränken. Hier sind die NGO's einzuordnen. Meine gedankliche Arbeit ist bislang nur bis an diese Stelle gelangt. Wie so oft in diesem Interview räume ich die Grenzen meiner eigenen Wissenschaft immer wieder ein. Wissenschaftliche Bescheidenheit ist gefragt, nur ein ehrlicher Dialog kann weiterführen.

³⁵ University of Fortaleza, Ceará (Brazil).

29) In your inspiring book *Europäische Verfassungslehre* (8. Auflage, with Markus Kotzur), a very interesting connection between the uncertainty on the future of the European integration process and the need to rediscover the cultural roots of the European identity is strongly underlined. In this perspective, the main question seems to be not only «Quo vadis, Europe?», but more specifically «where do you come from, Europe?». In order to cope with the European crisis, it is therefore necessary to direct the scientific interest «Ad fontes Europae». This approach is inspired by a sincere trust in the enhancement of an *Europäische Öffentlichkeit*, as the key to build and strengthen an European public space and a sound political community, based on the principle of democracy and on the respect of fundamental rights. Key actors of the public space, at the national level, are political parties. Is it the same at the European level? What can be the role of European political parties, if any, in this process? As you noted, they do not have an exclusive (a «Monopol») in the European political process. However, they can be crucial «Intermediäre». In this light, are they able to play any role in the effort to promote the necessary awareness on the essential connections between the past and the future of the European integration process? And, more specifically, how can they enhance an European public space and an “European identity”, considering that the European democracy seems to be a “democracy” «across borders» in which Member States are very significant actors?

Author: Prof. Dr. Francesco Saitto³⁶.

Zu 29: In meiner Europäischen Verfassungslehre (1. Aufl. 2001/2002, 7. Aufl., 2010, 8. Aufl. zusammen mit M. Kotzur, 2016) habe ich mich mit *Europa* grundsätzlich beschäftigt. Sie haben Recht, dass wir angesichts der Krise „Ad fontes Europae“ zurückgehen müssen (Stichwort: kulturelles Erbe). Dies kann nur mein kulturwissenschaftlicher Ansatz leisten. Man muss fragen, was Europa geistesgeschichtlich im Kern bedeutet, etwa im Unterschied zu Amerika, Afrika oder Asien. Bei der Beantwortung anderer Fragen bin ich darauf schon zu sprechen gekommen. Wichtig ist es, von „europäischer Öffentlichkeit“ zu sprechen, etwa im Unterschied zu einer Weltöffentlichkeit oder zu nationaler Öffentlichkeit. Wie Sie schreiben, kommt hier den politischen Parteien eine Schlüsselrolle zu. Es gibt im EU-Verfassungsrecht ausdrücklich einen Artikel zu ihrer Rolle. Sie müssen am Europabewusstsein arbeiten. Gleich-

³⁶ Sapienza Università di Roma (Italy).

ches gilt für intermediäre Erscheinungsformen wie die Medien, Rundfunk und Fernsehen und Wirtschaftsverbände oder Gewerkschaften. Alle haben am europäischen Integrationsprozess mitzuarbeiten, nicht nur die Staaten. Es geht um die Arbeit an der *europäischen Identität*. Sie braucht das Bewusstsein für Zukunft und Herkunft Europas. Auch unsere Wissenschaft steht hier vor großen Aufgaben. Es gibt schon eine interdisziplinäre Europawissenschaft – neben der *Europarechtswissenschaft*. An ihr sind alle Gelehrten beteiligt. Vor allem in Sachen kontextueller Verfassungsvergleichung. So leisten die Verfassungsgerichtshöfe in Madrid und Rom, in Straßburg und Luxemburg schon sehr viel. Europa braucht auch hohe Bildungsstandards in den Schulen und Hochschulen. Darum ringt vor allem der Europarat in Straßburg. Überhaupt sollten wir das Europa im *weiteren Sinne*, nämlich den „Europarat“ in den Blick nehmen. Er arbeitet ebenso effektiv wie bescheiden im Hintergrund der EU-Institutionen. Die „europäische Öffentlichkeit“ hat ihre Basis in ganz Europa. Der Menschenrechtsgerichtshof in Straßburg leistet in Sachen Grundrechte und Demokratie viel. Er ist auch ein Akteur im europaweiten öffentlichen Raum – vielleicht können diese Überlegungen bei der Strukturierung der lateinamerikanischen Integration helfen. Eines Tages sollte auch sie die „institutionelle Dichte“ des europäischen Raumes erreichen – schrittweise über einen längeren Zeitraum hin.

Vielen Dank.