



**Constitutional Court
Republic of Bulgaria**

Volume I

**CONSTITUTIONAL
STUDIES**



CONSTITUTIONAL STUDIES

Volume I

2019

Constitutional Court of the Republic of Bulgaria



EDITORIAL BOARD

Mariana KARAGYOZOVA-FINKOVA

Prof. PhD. Judge at the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria.
Editor in chief

Atanas SEMOV

Prof. LL.D., Jean Monnet Chair. Judge at the Constitutional Court of the
Republic of Bulgaria. Deputy editor in chief

Boris VELCHEV

Prof. LL.D. President of the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria

Plamen KIROV

Prof. PhD. Former Judge at the Constitutional Court of the Republic of
Bulgaria

Pencho PENEV

Prof. PhD. Former Judge at the Constitutional Court of the Republic of
Bulgaria

Evgeni TANCHEV

Prof. PhD, Jean Monnet Chair. Advocate General at the Court of Justice of the
European Union. Former President of the Constitutional Court of the
Republic of Bulgaria.

Rainer ARNOLD

Prof. PhD. Jean Monnet Chair ad personam, University of Regensburg,
Germany

Gianni BUQUICCHIO

PhD. President of the Venice Commission for Democracy through Law of the
Council of Europe

Jean-Denis MOUTON

Prof. PhD. Former director of Centre européen universitaire, Nancy, France.
Doctor honoris causa of Sofia University "St. Kliment Ohridski"

Melchior WATHELET

Prof. PhD. Former Judge and First advocate general at the Court of Justice of
the European Union



MISSION

Constitutional Studies is a forum for studying constitutionalism and constitutional democracy, the core being the theory and practice of constitutional justice in the 21st century. It is dedicated to the theory and practice of modern constitutionalism and constitutional government and publishes contributions of the highest quality that promote our understanding of the institutions in constitutional democracies and the grounds for their legitimacy, the practices of constitutional self-government, approaches to constitutional jurisprudence and related issues.

Interdisciplinary and open to comparative, empirical, historical, normative and analytical views from scholars from all social sciences, *Constitutional Studies* promotes innovative and critical perspectives.



Published by the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria

ISSN 2682-988 (print)

Contacts

Constitutional Court of the Republic of Bulgaria,
1 “Knjaz Dondukov” blvd., Sofia-1594, Bulgaria
Dr. Radoslava Yankulova, secretary of the Editorial Board
ryankulova@constcourt.bg, ☎ +359 2 940 23 08

© 2019 Constitutional Court of the Republic of Bulgaria
University Press “St. Kliment Ohridski”

CONTENT

CONSTITUTIONAL REVIEW FUNCTIONS IN LIBERAL DEMOCRACIES

Evgeni Tanchev / 9

КОНСТИТУЦИОННЫЙ КОНТРОЛЬ В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ:
ОПЫТ КАЗАХСТАНА

К. А. Маму / 27

EVOLVING CONSTITUTIONALISM

Snezhana Nacheva / 34

PROBLEMS OF THE REGULATION

OF BULGARIAN CONSTITUTIONAL JUSTICE: A SUMMARY VIEW

Pencho Penev / 63

LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT DU TRAVAIL

Vassil Mrachkov / 86

CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM AND INTEGRATION

Rainer Arnold / 127

КОНСТИТУЦИОННАЯ ИДЕНТИЧНОСТЬ: ДОКТРИНА И ПРАКТИКА

В. Д. Зорькин / 155

LA DÉFENSE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE,
RÉVÉLATRICE DE LA NATURE DE L'UNION EUROPÉENNE

Jean-Denis Mouton / 192

CAN CONSTITUTIONAL COURTS DELIMIT EUROPEAN IDENTITY?

Ineta Ziemele / 215



Authors in Volume I

Rainer ARNOLD

Prof. PhD. Jean Monnet Chair ad personam, Former Dean of the Law Faculty
of the University of Regensburg

Valery Dmitrievich ZORKIN

Prof. PhD, LL.D. President
of the Constitutional Court of the Russian Federation

Ineta ZIEMELE

Prof. PhD. President of the Constitutional Court of the Republic of Latvia

Kairat Abdrazakuly MAMI

Prof. PhD, LL.D. Chairman of the Constitutional Council
of the Republic of Kazakhstan

Jean-Denis MOUTON

Prof. PhD. Former Director of Centre Européen Universitaire, Nancy, France.
Doctor honoris causa of Sofia University “St. Kliment Ohridski”

Vasil MRUCHKOV

Prof. PhD, LL.D. Former Deputy-Chair of the State Council and former
Prosecutor General of the People’s Republic of Bulgaria

Snezhana NACHEVA

Prof. PhD. Former Judge at the Constitutional Court
of the Republic of Bulgaria and Chair
of the Central Election Commission for the Presidential Elections

Pencho PENEV

Prof. PhD. Former Judge at the Constitutional Court
of the Republic of Bulgaria and Minister of Justice. Member
of the Legal Council with the President of the Republic of Bulgaria.

Evgeni TANCHEV

Prof. PhD, Jean Monnet Chair. Advocate General, Court of Justice
of the European Union. Former President of the Constitutional Court
of the Republic of Bulgaria

TO THE READERS

The idea to launch the *Constitutional Studies Review* was advanced by Prof. Boris Velchev, LL.D., President of the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria, during an informal discussion on the increasing importance of all aspects of public law, primarily Constitutional Law, with a focus on the constitutional jurisdictions' role in that process at national as well as supranational and global level.

The conviction that clearly evolved in the course of the follow-up debate was that if the Review is to provide a forum for the discussion of the nuts and bolts of constitutionalism, it would be really valuable to reach beyond the practical application of the constitutions to a discussion of theories that drive constitutionalism and explain its strengths and weaknesses. That is, the Review should be a forum to discuss issues of general theoretical concern like migration of constitutional ideas, globalization of Constitutional Law, and those that relate to the boundaries of public law, the different aspects of the public-private distinction in law and in legal systems with a focus on the role played by constitutional justice in modern constitutional democracies.

The Review is intended to provide a forum to discuss different aspects of a constitutional universe being mindful of key methodological considerations, so as to allow conclusions that go beyond the particular observations on the development of constitutionalism and interaction of constitutional courts within the broader transnational legal context in the 21st century.

By an Order of 7 March 2019 the Constitutional Court named the Review, appointed the Editorial Board members and defined the editorial policies.

To reach its goals the Review will support innovative scholarship, promote critical perspectives and inspire traditional constitutional law studies. The ambition will be to publish contributions of the highest quality that promote our understanding of the institutions in constitutional democracies and the grounds of their

legitimacy, of the practices of constitutional self-government, approaches to constitutional jurisprudence and related issues.

The first volume is an outcome of the response to the ever-increasing importance of Constitutional Law globally and is extremely fortunate to carry contributions by leading scholars from across the world, including incumbent presidents of constitutional jurisdictions.

The Editorial Board gratefully acknowledges its debt to each one of the prominent contributors to Volume I of *Constitutional Studies* who agreed to present their new research work while we do hope that we can rely on their collaboration in the future.

The scope of the Review is wide and encourages interdisciplinary constitutional law studies by members of the academia, professors and law practitioners. The Editorial Board is confident that the contributions will present diverse and appealing views.

We do believe that the Editorial Board's intention to create a vibrant, open-minded, inclusive and appealing platform for scholars and practitioners which is dedicated to the advancement of Constitutional Law will materialize.

To accomplish its mission *Constitutional Studies* will come out in a printed as well as in an electronic version.

With wishes for success to *Constitutional Studies*!

The Editorial Board

CONSTITUTIONAL REVIEW FUNCTIONS IN LIBERAL DEMOCRACIES

*Evgeni Tanchev**

Types of Constitutional Review and Relationship to Constitutional Review Functions

Constitutional provisions and legislative norms attribute constitutional courts long lists of powers that are most often identified or regarded as functions. When constitutional court functions are identified with powers, they vary considerably from country to country in addition to the constitutional review of laws. Their jurisdiction might include controlling electoral processes and cancellation of the elections, guaranteeing the autonomy of municipalities, policing the constitutionality of political parties or resolving criminal proceedings against high government officials.

Deciding on the conformity of international treaties before ratification by the parliament with the nation state constitution or judging the compliance of laws with the international treaties already signed, ratified and enforced and the international customary law principles consists of another particular set of issues in the list of constitutional courts' powers.

It should be emphasized that while the list of powers entrusted to the constitutional courts are mistakenly treated for functions, they are only means or weapons instrumental to carry out the functions of judicial review of the constitutionality of laws.

Although the genesis and evolution of constitutional review followed different patterns depending on the constitutional design and the legal family to which the particular institution that was assigned to review the parliamentary legislation's compliance with the constitution belonged, they have shared the same set of liberal democratic principles and values. Protection of the rule of law starting with the constitutional supremacy and fundamental

* All opinions expressed herein are strictly personal.

human rights has been the common denominator while the difference concerned paths of development, growth, logistics of enforcement and quantity of the courts enforcing constitutional review.

Often the genesis and development of the institutionalized patterns of constitutional review has been interpreted as a pure intellectual exercise of judges and professors rather than as an outcome of the essential features of Anglo-American (Anglo-Saxon) and ¹civil law systems. With no intention to diminish Chief Justice John Marshall or Hans Kelsen's contributions in the area of founding constitutional review, it seems that the legal family context is somewhat more influential and is crucial to the content and form of principles and agents of constitutional review introduced. Both legal families attributed different roles to the judges and legislators. Within the common law tradition, the law was developed mostly by the judges finding the legal rule to reach a judicial decision complying with justice in every concrete case. By the system of precedent, the validity of the rule acquired normative meaning by applying it to identical cases and situations.

While in the United States since colonial times, judges were trusted and held in high esteem, in Europe courts were viewed with a great suspicion by the parliamentarians and officials in the executive bodies.

Two premises were indispensable for the emergence of diffuse decentralized incidental judicial review of the constitutionality of legislation – the system of precedent and courts of general jurisdiction. Lack of these premises doomed to failure all efforts to transplant the American system on the European soil.² Within the civil law family, especially after the French revolution, the system of positive legislation and general validity rulemaking was affirmed, on one side, and different limitations on judge-made law

¹ For the Chief Justice Marshall vigorous defense of constitutional review vested in the courts of general jurisdiction see the famous *Marbury v. Madison* decision. According to Hans Kelsen who is acknowledged as a creator of constitutional courts "The Constitution which does not establish a constitutional court with the power to annul unconstitutional acts is a light that does not shine.", *Staatsgerichtsbarkeit in VVDStR*, Berlin, 1929, vol.5, p.56.

² See **Louis Favoreu**, *Les Cours constitutionnelles*, 1996 (**Луи Фаворьо**, *Конституционните съдилища*, София 2002, стр. 10–15).

were devised and imposed, on the other.³ The ultimate forms of these were the prohibition for the judges to expound the laws, but restrict themselves to enforcing it. This is known as “gramophone justice” meaning that the judge is under the obligation to play the record that has been produced by the legislator in concrete cases and “telephone justice” when the executive put a pressure on the court to achieve a beneficial decision by the court.⁴

To contain the positive legislator within the limits of the constitution a negative one was needed and ordinary courts could not be entrusted with this function since the judges of general jurisdiction were themselves constrained by the parliamentary statutes. Decentralized, diffuse review in the civil law system would be inoperative for the lack of doctrine and practice of *stare decisis* unifying the system by the rule of precedent. Thus, a specialized constitutional court had to be created and assigned abstract posterior review of parliamentary statutes to ensure their compliance with the constitution as the supreme law of the land.⁵

Today, the constitutional courts or other forms of constitutional review are universally accepted as part of the European constitutional heritage.⁶ Scholars still argue whether it was due to the popular sovereignty and democratic cravings rising from

³ Some attribute the genesis of centralized concentrated constitutional review having jurisdictional monopoly over constitutional issues to legal education in Europe, the role of career judges in deciding policy issues, the merger of the executive and legislative power in the prime minister through his position as leader of the party that has won the general elections, and the recognition and protection of fundamental human rights, **G.F. de Andrade**, *Comparative Constitutional Law: Judicial Review*, Journal of Constitutional Law, vol.3, p. 977.

⁴ F. Neumann coined the term phonograph or gramophone justice, see **F. Neumann**, *The Democratic and Authoritarian state*, The Free Press, New York, 1957, p. 38.

⁵ For extensive treatment, see **V.F. Comella**, *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale Univ. Press, London, 2006, p. 3-29.

⁶ More than 80 % of the written constitutions around the world have special provisions on constitutional review, see **T. Ginzburg**, *The Global Spread of the Constitutional Review* – in: **K. Whittington et al. (eds.)**, *The Oxford Handbook on Law and Politics*, Oxford University Press, 2008, p. 81.

the grassroots or introduced by the political elites.⁷ The latter has been titled insurance model. By introducing judicial review, it is a kind of a security investment protecting a former governing party when becoming an opposition one.⁸

Several types of functions might be distinguished among the institutions for judicial or constitutional review. Functions might be divided into universal ones, exemplified by all bodies entrusted or recognized by the constituent power to control compliance with the constitution, or specific ones, consisting of those particular institutions that have been assigned in some nation states to be the guardians of the law of the land.

According to their nature, constitutional court functions might be constitutional (legal) or socio-political. They might be strictly national when entrusted by the nation state constitution to the national courts or supranational if performed by supranational courts. Finally, they might be treated as manifest (indispensable), implicit or surrogate when the bodies of constitutional review act to compensate an institution that has not been created by the national constituent authority, but exists in other nation state constitutions.

Short List of Constitutional Court Functions

Any attempt to review the important functions of the constitutional courts would include an enumeration without any claim of producing an exhaustive list of them. It would be also counterproductive to declare a priori which of them are more important than the others or to propose a hierarchical structure of various functions of the constitutional courts. However, between the functions, two groups could be distinguished. The first group would include functions common to all of the constitutional courts and bodies entrusted with the review of constitutionality of laws.

⁷ **M. Schor**, *Mapping Comparative Judicial Review*, Washington University Global Studies Review, vol. 7., 2007, p. 257-287 www.law.wustl.edu/WUGSLR/Issues/Volume7_2/Schor.pdf.

⁸ **T. Ginzburg**, *Judicial Review in the New Democracies, Constitutional Courts in Asian cases*, Cambridge University Press, 2003, p. 24-25.

1. *Constitutional courts have been recognized by the constitution drafters to be the guardians of constitutional supremacy. Constitutional courts perform the function of “supreme policeman” of the Constitution.* It seems that all of the constitutional court powers are oriented in this direction. However, this is obviously the case with the most typical of the powers – abstract control of the constitutionality of laws having erga omnes effect. Where the constitutional courts were established, abstract posterior control has been monopoly of the constitutional court though constitutionality and constitutional conformity might be recognized and, more than this, accepted by all other legal subjects until its unconstitutionality would not be declared by the court.

2. *Constitutional review has been the voice and guardian of the constitution’s content as established by the constituent power.* According to the classical democratic theory, the nation state constituent power being an expression of popular sovereignty creates the constitution and has no place in legislation, practical executive government and adjudication of justice and deciding cases by the courts. The constituent power does not disappear, but assumes a latent status or it “falls into sleep”. It springs to life and becomes active when the terms of the constitutional contract need an amendment or the nation and its political elites have arrived to political decision to adopt new constitution.⁹ While being in a latent position, it is the constitutional court that voices the exact meaning of constitutional provisions; it might interpret them but staying within the limits of the founding fathers will.

Even the boldest judicial activist should accept that the constitutional court’s interpretation might update the constitutional provisions, but it cannot amend or develop the constitutional content beyond the will of the founders. The process of growth of the constitution is not tantamount to constitutional amendment which is a legitimate monopoly of constituent power as emanation of popular sovereignty.

Within this function, the constitutional courts’ primary role would be in voicing and preserving the content of the constitu-

⁹ On drafting a constitution as an act of supreme political decision over the type and form of political unity, see **Carl Schmitt**, *Constitutional Theory*, Duke Univ. Press, 2008, p. 75-94.

tion as established through popular sovereignty by the constituent power. Though it is generally accepted that division between constituent and constituted powers is a monopoly belonging to the civil law family firmly established since E. Sieyes, it should be emphasized that in the American system it was stipulated as a premise to the birth and enforcement of judicial constitutional review by the court itself.¹⁰

3. Constitutional Courts act as the ultimate judicial safeguard of fundamental human rights. No doubt, this position of the courts is cornerstone in the legitimation of judicial review of constitutionality of laws. It was the status of the courts as guardians of fundamental constitutional rights and liberties that defeated the radical democratic opposition to review of constitutionality of laws by judiciary. Parliaments are product of direct ascending procedural democratic legitimation through election and are entrusted with the democratic will of the nation or majority of the electorate. To this source of legitimation courts consisting of judges that are never directly elected by the people bring their constitutional legitimacy defending fundamental human rights as a last and supreme national institution to protect human rights and ultimate resort to defend constitutional freedom against an encroachment on human rights by parliamentary legislation.

4 Constitutional courts act as border guards containing the state institutions within the constitutional limits of their powers. This function of constitutional courts has been performed though in different ways and forms with all of their constitutional powers.

5 Constitutional courts act as legal arbiters or agents of constitutional and legal arbitration resolving the conflicts. In this respect, the status of the constitutional courts might be compared to the

¹⁰ The United Kingdom legal system with the principle of parliamentary sovereignty respected should be considered to be an exception, for the idea that there should be power above the parliament and beyond the reach of parliamentary amendment undermines the parliamentary sovereignty principle. In the famous *Marbury v. Madison* decision, judicial review has been affirmed as a safeguard ruling out the option that "the legislature may alter the constitution by an ordinary act" *Marbury v. Madison*, 5.U.S. (1 Cranch), at 177.

neutral power or *pouvoir neutre* described by B. Constant,¹¹ and attributed to the head of state conceived to be performing neutral arbitrage to resolve, diminish, accelerate, prevent and mediate institutional conflict or compromise an outcome beneficial to the participants and the whole nation. In contrast to this position of the head of state performing political arbitrage, the constitutional courts exercise constitutional arbitrage, i.e., the conflicts between the powers are resolved on the basis of and within the constitution.

6. *Constitutional courts act as a counter majoritarian check preventing despotic aspirations of majorities in government.* In the context of liberal democracy, courts perform the function of preventing the majority from quashing the opposition by protecting minority rights. Probably the most symptomatic of this function has been the action of filing petitions demanding courts to rule on the unconstitutionality of legislation by the parliamentary minorities – parties or MP groups. With the introduction of the individual constitutional complaint, individuals have an important source to veto tyranny of the majority that has overstepped the constitution when their fundamental rights are abrogated by parliamentary legislation adopted by the majority.

7. *Constitutional Courts acting as a safety valve to decrease the level of the social pressure and unrest, and to prevent the constitution and governmental system from self-destruction or destruction by the violent extraconstitutional, extra parliamentary or illegal action.* One of the first explanations of the function of procedures, devices and institutions acting as a safety valve belongs to N. Machiavelli long before constitutional review of legislation emerged.¹²

¹¹ **B. Constant**, *Principle of Politics Applicable to All Representative Governments* – in: *Political Writings*, Cambridge Univ. Press, 1989, p. 183-194.

¹² “To those set forward in a commonwealth as guardians of public freedom, no more useful or necessary authority can be given than the power to accuse, either before the people, or before some council or tribunal, those citizens who in any way have offended against the liberty of their country. A law of this kind has two effects most beneficial to a State: *first*, that the citizens from fear of being accused, do not engage in attempts hurtful to the State, or doing so, are put down at once and without respect of persons: and *next*, that a vent is given for the escape of all those evil humors which, from whatever cause, gather in cities against particular citizens; for unless an outlet be duly provided for these by the laws, they flow into irregular channels and over-

Another approach by converting a political or extra parliamentary violence into legal conflict one has been emphasized by A. De Tocqueville.¹³ Instead of being resolved by violence on the streets, the conflicting issue is given in the hands of the court to decide within the constitution and with legal means. By this procedure, the degree of social discontent is reduced from the melting pot of boiling emotions and hostilities to impartial and universally accepted procedures by people and institutions where the decision is worked out based on reason with rational arguments.

Without any claim of all-inclusive enumeration, a list of specific constitutional courts functions would include:

1. Constitutional courts act as harmonizers of national constitutional and supranational values, principles and norms and resolving conflicts between national and supranational legal orders and institutions. In the context of multilevel constitutionalism, constitutional courts harmonize the relationship between na-

whelm the State. There is nothing, therefore, which contributes so much to the stability and permanence of a State, as to take care that the fermentation of these disturbing humors be supplied by operation of law with a recognized outlet". In respect of this incident I repeat what I have just now said, how useful and necessary it is for republics to provide by their laws a channel by which the displeasure of the multitude against a single citizen may find a vent. For when none such is regularly provided, recourse will be had to irregular channels and these will assuredly lead to much worse results. For when a citizen is borne down by the operation or the ordinary laws, even though he be wronged, little or no disturbance is occasioned to the state: the injury he suffers not being wrought by private violence, nor by foreign force, which are the causes of the overthrow of free institutions, but by public authority and in accordance with public ordinances, which, having definite limits set them, are not likely to pass beyond these so as to endanger the commonwealth." – "Discourses on the first decade of Titus Livius by Niccolo Machiavelli, citizen and secretary of Florence", translated from the Italian by Ninian Hill Thomson, State electronic classics, Chapter VII, www2.hn.psu.edu/.../machiavelli/Machiavelli-Discourses-Titus-Livius.pdf.

¹³ "The influence of legal habits extends beyond the precise limits I have pointed out. Scarcely any political question arises in the United States that is not resolved, sooner or later, into a judicial question." – Alexis de Tocqueville, *Democracy in America, Volume I, Chapter XVI, Causes which mitigate the tyranny of the majority in the United States*, Vintage books, New York, 1945, p. 290.

tional and supranational values and resolve conflicts between different constitutional orders.

2. *Constitutional judicial review of parliamentary legislation has been considered as a structural check on governmental power proceeding out of, or contrary to, the constitutional limitations on enumerated powers of the institutions.* Though situated outside any of the classic branches of constituted powers of legislative, executive and judiciary powers, constitutional courts can be important checks on arbitrary powers and on despotic government as a whole.

3. *Constitutional review of parliamentary legislation performs the function of appeal, and resort to constitutional review to protect constitutional rights, which has been entrenched in some constitutions itself, is a fundamental human right, especially where individual complaint has been provided or through the indirect access to the constitutional courts.*¹⁴

4. *Constitutional courts exercise transforming functions when updating the constitution and providing the growth of the constitution or, in T. Jefferson's words, the constitution should belong to the living and not to the dead.*¹⁵ *Providing new interpretation of the constitutional provisions in the context of new generations might be instrumental to avoiding the textual constitutional amendment by the constituent power. This function of constitutional review might be indispensable to avoiding gridlocks, especially in countries with rigid constitutions. It might be instrumental to reduce the cost of the formal constitutional amendment through the cumbersome procedure of election and activity of constituent assembly.*

5. *Constitutional courts might play a substitute (surrogate) or compensating role for the lack of a second chamber of parliament, especially in impeachment trials in those countries where the con-*

¹⁴ See the Venice Commission special report on the individual complaint **CDL-AD(2010)039rev Study on individual access to constitutional justice** - Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010) on the basis of comments by **Gagik Harutyunyan** (Member, Armenia), **Angelika Nussberger** (Substitute Member, Germany), **Peter Paczolay** (Member, Hungary).

¹⁵ The basic meaning of the famous quotation has been stated in its absolutist form, the earth belongs to the living not to the dead, T. Jefferson's letter to J. Madison of September 6, 1789 – in: **M. Peterson (ed.)**, *The Portable Thomas Jefferson*, Viking press, New York, 1975, p. 444-451, 450.

stitution provides for an impeachment trial while establishing unicameral assembly.

6. Constitutional courts are ultimate arbiters of the legality of the elections and constitutionality of political parties when they are assigned by the constitution and entrusted with powers in those areas.

7. Constitutional courts perform the function of a criminal jurisdiction concerning crimes of high government officials with effective sentencing power in the case of finding them guilty if the respective nation state constitution has explicitly provided for this.

Modern (Contemporary) Context of Constitutional Court Functions in the National and International Spheres

With the triumph of constitutional democracy during the last decades of the 20th century, the rule of law has become a common denominator among the principles entrenched in the new constitutions.

Besides the traditional obstacles, practical enforcement of the rule of law or *Rechtsstaat* has had to cope with new challenges which affect the functions of the constitutional courts.

Three of them deserve special attention.

In the emerging democracies, constitutional design of the *Rechtsstaat* confronts underdeveloped legal culture on the part of the rulers and the ruled. Due to the lack of active civil society and perceptions like legal nihilism and fetishism, the living rule of law is abundant with unenforceable provisions and ineffective law enforcement. These defects of the rule of law might be cured gradually, and their treatment might take generations that have lived their life in a constitutional democracy.

One of the most fascinating events in the contemporary global age is the emergence of multilevel constitutionalism. Constitutional monism of the nation states is supplemented with the supranational constitutional dimension by gradual constitutionalization through establishing international and European standards of constitutional democracy. Within the European context, two variously shaped and encompassing different sets of nation member states supranational constitutional streams evolve – the

Council of Europe, the ECHR and the jurisprudence of the European Court of Human Rights, on the one side, and the EU constitutional order for its member states, on the other side.

In contrast to federations, multilevel constitutionalism is not hierarchically structured like supremacy of the nation state constitutions within the national legal system. For the time being and in the foreseeable future, integration through law and economic integration have not brought the emergence of a European super state, and neither would the EU be transformed into an omnipotent statal entity identical to that of the nation states. Primacy of EU law and the validity of EU standards will be guaranteed not by supremacy of a written formal supranational constitution, but rather by contrapunctual constitutionalism where conflicts between the constitutional orders and harmony is achieved by the same democratic constitutional values and principles shaped by the common European constitutional heritage after the Westphalian peace treaty.

Like in contrapunctual music, harmony is achieved only if different melodies are composed in one key so contrapunctual constitutionalism resolves and avoids conflicts by foundation of the national and supranational levels on the same set of democratic constitutional values and principles with the each one being modified and adapted to its respective constitutional orders.

In constitutional pluralism, the rule of law transcends the *Rechtsstaat* and the rule of law within the national legal system which is supplemented by the rule of law beyond the nation state on the supranational and international law level. The conflicts between different legal orders are unavoidable, but the mechanisms for their resolution are built, negotiated and agreed upon in order to peacefully overcome them.

Perhaps it might be appropriate to draw a comparison with M. Maduro's concept of hierarchy within contrapunctual constitutionalism and legitimacy within the national, EU and global constitutionalism. In our contemporary globalized age, constitutional pluralism is at a stage where separate constitutional locations have reached a different level of hierarchy within the legal order. The weakest of all has been the global constitutionalism where different currents mark the emerging priorities of governance and

the legal order. In contrapunctual constitutionalism, harmonizing the different loci of constitutionalism should be done in a harmonious manner. Harmony, however, would require certain premises to be observed. For example, simultaneous melodies in music should be performed within one key and should not be sung in *a capella* or in a cannon fashion. Hierarchies and legitimacies in national, EU and global constitutionalism should be built on the consensus concerning some democratic values and should not be aimed at repetition, although with a different consequence.¹⁶

The heterogeneity of governance modes in the EU requires the use of all avenues of legitimacy available to the various modes of governance.¹⁷ One should not fear that in this way complex and differentiated legitimacies will be the result. EU citizenship, which is not intended to destroy national citizenship, has, moreover, been introduced, and is based on national citizenship. The fundamental rights belonging to EU citizens are not meant to impair the citizens' rights provided in the nation state constitutions, but to guarantee more opportunities for EU citizens.¹⁸ Multilevel recognition and protection of human rights are probably

¹⁶ See for contrapunctual constitutionalism, **M. Maduro**, *Europe and the Constitution: What if this is as Good as it gets?* – in: **J.H.H. Weiler and M. Wind (eds.)**, *Rethinking European Constitutionalism* (Cambridge, Cambridge University Press 2000). Also available at: <<http://www.umich.edu/~iinet/euc/PDFs/2002%20Papers/Maduro.PDF>>.

¹⁷ See **R. de Jonghe** and **P. Bursens**, 'The Quest for more Legitimacy in the EU as a Multilevel Political System' (Paper for ECPR Congress in Edinburgh 28 March – April, 2003) available at: <<http://www.clingendael.nl/library/litlijst/litlst2004.1/European.integration.pdf>>.

¹⁸ Admitting that EU citizenship actually exists based on the prerequisite of citizenship of one of the member states of the Union automatically means the direct participation of EU citizens, thereby creating input legitimacy, but this should not be seen as more valuable or impairing the indirect or output legitimacy of intergovernmentalism; as within the nation state this is built on the direct participation of the people in government elections. Therefore the conclusion that there should be a prevalence of one mode of legitimacy in the EU above all others seems to be somewhat misleading. Within different EU governance methods various types of legitimacy will undoubtedly prevail. For example, intergovernmental legitimacy will be based on indirect and output legitimacy, while direct and input legitimacy will normally develop more efficiently at the supranational level of community and federal methods of integration.

the soundest legitimacy-building factor for supranational governance facilitating the interaction of different entities of multilevel governance forming the contemporary constitutional pluralism.

Terrorism and transnational crime pose the most formidable threat to the rule of law in contemporary constitutional democracies. The constitutional democracies confront the dilemma that they have to preserve and protect the principle of the rule of law and constitutional democracy with the established procedures and instruments of the rule of law from individuals or groups that do not recognize the very fabric of the principle but aim to destroy democratic societies built on the rule of law. Indeed, there has not been agreement between scholars and politicians on the content of terrorism; neither has been a legal definition of this term in any international law instrument. However, considering some of their implications, terrorism and the rule of law are diametrical opposites. While on the one side of the antinomy lie values like predictability, security and legitimate expectations of people, on the other side, the goals are to be achieved by intimidation, fear, insecurity and unexpected harms to physical persons in order to exert pressure on government. While the constitutions and the rule of law aim to limit coercion and resolve conflicts peacefully, terrorism and transnational crime resort to unlimited coercion in order to achieve their goals.¹⁹ The rule of law is a universal and integral principle, and once it is suspended or restricted, violence to the criminals without observing a fair trial, the presumption of innocence etc., the guarantee that the government and law enforcement would not become criminals themselves, standing on one and the same path with the criminals, will wither away. Leaving the rule of law ground to protect it though legitimated by the reason of state, constitutional dictatorship or limited emergency formulae transforms the law enforcement into criminal activity. Constitutional democracies and

¹⁹ One of the best liberal definitions of constitutionalism emphasizing the constitutions role as frame of government was offered in the second half of the 19th century in the United States by John Potter Stockton "The constitutions are chains with which men bind themselves in heir sane moments that they may not die by a suicidal hand in the day of their frenzy.", **J. E. Finn**, *Constitutions in Crisis*, Oxford University Press, 1991, p. 5.

the principle of the rule of law seem to be ill equipped to defend themselves against terrorist and international crime threats with the legal means of peaceful conflict resolution.

Models of Implementation of International Norms in the National Legal Order and the 1991 Bulgarian Constitution

The classical principle of constitutional supremacy is assuming new dimensions with the development of the relations between the national legal systems and the supranational legal orders in contemporary globalized world.

Modern democratic constitutional states recognize the primacy of international law principle. The systems implementing treaty obligations however are different due to the choice of monism or dualism in the national constitutions.²⁰ Generally, incorporation of the treaties provisions follows two types of procedures.²¹

According to the dominant monistic system in Europe, the international treaty becomes an integral part of the national law after having been ratified. Under dualism, implementation of treaties can take place not by ratification but by drafting a special law or by amending the existing national legislation.

Comparative analysis of European systems demonstrates another type of difference due to the position of the international treaties in the national legal order. In some countries, such as Belgium, Luxembourg and the Netherlands, the international treaties provisions have a supranational effect and stand above

²⁰ See for different legal orders in dualistic system and integrating the both legal orders in monism, **M. Kumm**, *Towards a Constitutional Theory of the Relationship between National and International Law International Law Part I and II, National Courts and the Arguments from Democracy*, p. 1-2, www.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/kumm1and2.pdf; **L. Wildhaber**, *Treaty-Making Power and the Constitution*, Bazel, 1971, p. 152-153.

²¹ **P. van Dijk, G. J. H. van Hoof**, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Boston, 1990, 11-12; **A. Drzemczewski**, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, 1985, p. 33-35; **E. Wagnerowa**, *Direct Applicability of the Human Rights Treaties in The Status of International Treaties on Human Rights*, Collection Science and Technique of Democracy, N 42, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, p. 111-127.

the legal system superseding the authority of constitutional norms. According to the constitutional practice of other countries, such as Austria, Italy and Finland, the treaties, having been ratified with parliamentary supermajority vote, have the same legal binding effect as constitutional provisions.

The third type of implementation of treaty obligations under the monistic system in Europe places them above the ordinary parliamentary legislation but under the national constitutions according to their legally binding effect. This is the current practice in Bulgaria, Germany, France, Greece, Cyprus, Portugal, Spain and others. In the Czech Republic, Lichtenstein, Romania, Russia, and the Slovak Republic, only the treaties relating to human rights stand above the ordinary legislation.²²

The 1991 Bulgarian Constitution proclaims primacy of international law treaties which have legally binding effect and supersede the conflicting provisions of the national legislation. Under the monistic approach, international treaties, constitutionally ratified, promulgated, and having come into force in the Republic of Bulgaria, are a part of the domestic law of the country. They take precedence over any conflicting legal rules under the domestic legislation. The Constitutional Court of the Republic of Bulgaria in an interpretative ruling has extended the validity of this constitutional provision, i.e. Article 5, paragraph 4, to include all the treaties which were signed before the entry in force of the Constitution if they fulfill the requirements of that provision.²³

²² C. Economides, *The Elaboration of Model Clauses on the Relationship between International and Domestic Law*, The European Commission for Democracy Through Law, Council of Europe, 1994, p. 91-113, 101-102; L. Erades, *Interactions between International and Municipal Law*, T.M.C. Asser Institute – The Hague, 1993; *The French Legal System: An Introduction*, 1992, p. 45; see Й. Фровайн, *Европейската конвенция за правата на човека като обществен ред в Европа*, София, 1994, стр. 32; see also Л. Кулишев, *Прилагането на Европейската конвенция за правата на човека в българския правен ред*, сп. „Закон“, бр. 2, 1994, стр. 3-25.

²³ Article 5 of the Bulgarian 1991 constitution provides:

(1) The Constitution is the supreme law, and no other law may contradict it.

(2) The provisions of the Constitution shall have direct applicability.

Interpretation of Article 85, paragraph 3, and Article 149, paragraphs 1 and 4, in connection with Article 5, paragraph 4, makes apparent that the 1991 Bulgarian Constitution has situated treaties only second to the Constitution itself, but above all the national legislation.²⁴ Thus, the primacy of international law has complied with the requirements of Article 2 of the United Nations Charter respecting the nation state sovereignty.²⁵ The process of implementing a treaty is different from interaction between the EU legal order and EU member states' legal systems. Due to the transfer of

(3) No one may be sentenced for any action or inaction that was not legally provided for a crime when it was committed.

(4) International treaties, constitutionally ratified, promulgated, and having come into force as for the Republic of Bulgaria, shall be a part of the domestic law of the country. They shall take precedence over any conflicting legal rules under the domestic legislation.

(5) All the normative acts shall be promulgated. They shall come into force three days after their promulgation, unless other period of time shall be stipulated therein.

The Constitutional court ruled that the legal effect of treaties signed and ratified before 1991 Constitution entered in force is determined by the regime that was in effect at that time and especially according to the requirement for their publication. The treaties are part of the Bulgarian legal system if they are published or if there was no requirement to be published. If they are not published they do not have primacy to the contravening provisions of the national legislation. They might acquire the superseding effect over the contravening norms of Bulgarian legislation from the moment of their official publication. See **Мотиви на Решение N 7 от 1992 г. по к. д. N 6 1992, ДВ, № 56, от 1992 г.**

²⁴ Article 85. (3) stipulates that the signing of international treaties that require constitutional amendments must be preceded by the passage of such amendments. Under Art. 149.(1), 4 The Constitutional Court rules on the consistency between the international treaties signed by the Republic of Bulgaria and the Constitution, prior to their ratification, as well as on the consistency between the laws and the universally accepted standards of international law and the international treaties to which Bulgaria is a signatory; *The Constitution and the Participation of Bulgaria in international agreements*, edited by **E. Konstantinov**, Sofia, 1993; **G. Tisheva, I. Muleshkova**, *Relations between the domestic legislation of the Republic of Bulgaria and the international human rights standards*, the Human Rights magazine, Issue No. 1, 1997, p. 4-9.

²⁵ The supranational, direct, immediate and horizontal effect of EU law is provided by the proposed EU clause in the constitution providing for transfer of sovereign powers to the EU and its institutions.

sovereignty, provisions of EU law prevail over the national constitutional norms and have legal binding effect. That is why implementing the international treaties bears no similarity to the obligation to comply with the *acquis communautaire* in adapting the national constitutions and approximation of legislation in order to provide supranational, direct, immediate and horizontal effect of primary and institutional EU law.²⁶

The 1991 Bulgarian Constitution incorporates both functional and institutional guarantees for maintaining its supremacy. The democratic principles of popular sovereignty, separation of powers, political pluralism and the rule of law are designed to assure constitutional supremacy in the functioning of the constitutional government. The specialized, concentrated, abstract and posterior review by the Constitutional Court is a constitutional guarantee for the supremacy of the Constitution.

The issue of the status of the international instruments on human rights has been extensively treated by the European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) of the Council of Europe.²⁷

Multilevel constitutionalism affects constitutional courts and the functions they perform in many ways. Here, I will limit myself on the functional performance and interaction between the constitutional courts and their functions.

Supranational courts do not form another tier or instance in the system of courts; neither do they constitute another level of constitutional courts, though there are issues in their jurisdiction

²⁶ These undoubted characteristics of the European law were formulated by the European Court of Justice as early as the beginning of the 1960s, – **CJEC**, 5. 2. 1963., *en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Fiscal Administration*, 26/62; **CJEC**, 15. 7. 1964, *Costa v. ENEL*, 6/64. See in detail **E. Stein**, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, *American Journal of International Law*, vol. 75, January 1975, N 1, p. 1-27; **P. Pescatore**, *The Doctrine of Direct Effect*, *European Law Review*, 8, 1983, p. 155-157; **J. Weiler**, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, *Yearbook of European Law* 1, 1981; **A. Easson**, *Legal Approaches to European Integration in Constitutional Law of the European Union*, F. Snyder, EUJ, Florence, 1994-1995.

²⁷ See *The Status of International Treaties on Human Rights*, Collection Science and Technique of Democracy, N 42, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006.

that are common to the national constitutional courts. The European Court of Justice and the European Court of Human Rights have brought structural and functional changes in the performance of national courts and even more substantially to the constitutional courts²⁸

No doubt, the primary and most important effect of the supranational European courts has been the strengthening of the Union legal order and securing Europe as a legal space where human rights in the ECHR and political interaction in the Council of Europe form the current shape of regional cooperation between the nation states and their peoples in Europe.

However, the main effect on the judicial protection of rights and on the functions of the constitutional courts should be traced in the direction that the supranational courts directly interact with national courts, on one side, and with the constitutional courts, on the other. Two trends might be observed in constitutional review in Europe within the relationship of European supranational and national courts, after the jurisprudence of European Court of Justice and the European Court of Human Rights has empowered the ordinary courts and judges in a way that they might undermine the role of the constitutional courts to review national legislation. On the one hand, jurisprudence of the supranational European courts has centralized the system of review of legislation within their own jurisdiction and interpretation of EU law and ECHR. On the other hand, especially after the *Simmenthal* revolution, the system of judicial review in the nation states in Europe that have opted for centralized concentrated posterior and abstract review by specialized constitutional courts has been to some extent decentralized by introducing judicial review of legislation by the national ordinary courts for compliance with EU law or the ECHR in a concrete incidental manner in concrete cases with the decision's validity *inter partes*.

²⁸ For extensive treatment, see **V. F. Comella**, *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale Univ. Press, London, 2006, p. 123-128.

КОНСТИТУЦИОННЫЙ КОНТРОЛЬ В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ: ОПЫТ КАЗАХСТАНА

К. А. Мами

В утверждении идей верховенства права важную роль играют органы конституционного контроля. Их решения позволяют осмыслить и правильно понять положения конституции, обеспечивают приоритет и прямое действие ее норм на всей территории страны.

Выполняя свою миссию, они способствуют конституционализации всех сфер общества и государства, устанавливают основные принципы развития законодательства, обеспечивают эволюцию правовой системы в соответствии с общепризнанными ценностями.

Корни института конституционного контроля исторически уходят в колониальное прошлое – к деятельности судебного контроля Тайного Совета Великобритании, осуществлявшего проверку нормативных актов колониальных властей на соответствие законодательству метрополии.

В США он появился в 1803 году. Верховный Суд США постановил, что любой другой закон страны, противоречащий Конституции, может быть признан неконституционным. До первой мировой войны ей последовали некоторые европейские страны – Норвегия, Греция, Швейцария.

В 1920 году конституционные суды были созданы в Австрии, Чехословакии, позже в Испании, Германии и Ирландии. Конституционная юстиция стала активно развиваться во второй половине прошлого века. Этому способствовали коренной пересмотр прежних культурно-нравственных ценностей.

В частности, после Второй мировой войны в целях недопущения в дальнейшем вопиющих нарушений прав человека и

гарантирования верховенства права институты конституционной юстиции были образованы в ряде европейских стран.

С распадом советского режима такие государственные структуры были созданы почти во всех бывших республиках Союза. Формируя новую государственность, они взяли курс на строительство демократического и правового государства, опираясь на лучшие достижения цивилизации.

В мировой практике выделяют три модели конституционного контроля: американскую, континентальную и смешанную.

В американской модели контроль осуществляется в рамках правосудия судами общей юрисдикции.

Континентальная модель предусматривает создание специализированных органов, организационно входящих в судебную систему или не являющихся ее частью, и рассматривающих только конституционно-правовые вопросы. Специалисты указывают на две разновидности данной модели: а) австрийскую, когда конституционные вопросы рассматриваются конституционными судами (Италия, Испания, ФРГ, Болгария, Россия, Молдова, Турция и другие), и б) французскую, основывающуюся на модели Конституционного Совета.

Смешанная – континентально-американская – модель содержит в себе элементы двух основных моделей: контрольные полномочия концентрируются у конституционного или Верховного Суда, но одновременно все обычные суды также наделяются полномочиями в данной сфере.

История возникновения института конституционного контроля в Казахстане в современном понимании ведет отсчет с распада Советского Союза и обретения независимости.

Ее начало связано с внесением в 1989 году дополнения в Конституцию Казахской ССР, предусматривающего учреждение Комитета конституционного надзора, который, однако, не был создан. Позднее Конституционным законом Республики Казахстан от 16 декабря 1991 года «О государственной независимости Республики Казахстан» было установлено, что высшим органом судебной защиты Конститу-

ции является Конституционный Суд Республики Казахстан. Этот орган был избран Верховным Советом Республики 2 июля 1992 года и осуществлял конституционный контроль по сентябрь 1995 года.

В предмет контроля Конституционного Суда входили нормативные акты Верховного Совета, Президента, Правительства, а также министерств и иных государственных органов, а также не вступившие в силу международные договоры и иные обязательства Республики.

Довольно широкий круг субъектов могли обращаться в Конституционный Суд. В начале он мог возбудить конституционное производство по собственной инициативе. Однако в последующем такое право было отменено.

Конституция Казахстана, принятая 30 августа 1995 года, учредила новый орган конституционного контроля – Конституционный Совет Республики Казахстан. Он был сформирован в феврале 1996 года.

Основное предназначение Совета – обеспечение верховенства Конституции на всей территории Республики.

Казахстан является единственным государством среди стран постсоветского пространства, где конституционный контроль осуществляется квазисудебным государственным органом, не входящим в традиционные ветви власти.

Конституционный Совет состоит из семи членов. Председатель и два члена Совета назначаются Президентом Республики, по два члена назначаются соответственно Сенатом и Мажилисом Парламента сроком на шесть лет. Половина членов Совета обновляется каждые три года. Кроме того, пожизненными членами Конституционного Совета являются по праву экс-Президенты Республики.

Конституционное производство может быть возбуждено по обращениям Президента, Председателей Палат Парламента, не менее одной пятой части от общего числа депутатов Парламента, Премьер-Министра Республики, а также судов.

В соответствии со статьей 72 Конституции Конституционный Совет решает вопросы о правильности проведения выборов Президента Республики, депутатов Парламента и

проведения республиканского референдума; рассматривает до подписания Президентом принятые Парламентом законы на их соответствие Конституции Республики; рассматривает до ратификации международные договоры республики на соответствие их Конституции; дает официальное толкование норм Конституции; дает заключение в случаях рассмотрения Парламентом вопросов о досрочном освобождении или отрешении от должности Президента Республики.

Проверяя конституционность принятых Парламентом законов до их подписания Президентом, а также международных договоров Республики до ратификации, Конституционный Совет обеспечивает соответствие законодательства Конституции Республики.

В рамках официального толкования конституционных норм Совет выявляет и раскрывает их потенциал, неявный и скрытый смысл, содержащийся в принципах, нормах и положениях Конституции.

Важным решением Конституционного Совета выступают ежегодно направляемые в Парламент Республики послания о состоянии конституционной законности в стране. В них Конституционный Совет анализирует состояние законодательства, уровень защищенности конституционных прав и свобод граждан, а также исполнения своих итоговых постановлений.

В соответствии со статьей 78 Конституции, если суд усмотрит, что закон или иной нормативный правовой акт, подлежащий применению, ущемляет закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина, он обязан приостановить производство по делу и обратиться в Конституционный Совет с представлением о признании этого акта неконституционным.

Обеспечение конституционности действующего законодательства, ясности, определенности и внутренней согласованности правовых норм во многом зависит от эффективности взаимодействия Конституционного Совета с судами. Именно при рассмотрении конкретных гражданских, уголовных, административных и иных дел проверяется каче-

ство принимаемых правовых актов и пригодность выбранной модели правового регулирования. В этом процессе нередко судьи сталкиваются с недостатками законов, которые ущемляют конституционные права граждан. При обнаружении таковых они обязаны приостановить рассмотрение дела и обратиться в Конституционный Совет.

Правовые основы Конституционного Совета были модернизированы в результате проведенных в стране конституционных реформ.

В 2007 году Конституционному Совету было предоставлено право рассмотрения на соответствие Конституции постановлений Парламента и его Палат.

В 2017 году Законом «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» был усилен так называемый последующий конституционный контроль.

Согласно конституционным поправкам Президент в интересах защиты прав и свобод человека и гражданина, обеспечения национальной безопасности, суверенитета и целостности государства направляет обращение в Конституционный Совет о рассмотрении вступившего в силу закона или иного правового акта на соответствие Конституции.

Кроме того, Конституционный Совет теперь осуществляет обязательный предварительный конституционный контроль за изменениями и дополнениями в Основной Закон.

В соответствии с пунктом 3 статьи 91 Конституции изменения и дополнения в нее выносятся на республиканский референдум или на рассмотрение Парламента только при наличии заключения Конституционного Совета об их соответствии требованиям, установленным пунктом 2 статьи 91. В нем предусмотрены неизменные ценности, определяющие основы конституционного строя страны. Это: установленные Конституцией независимость государства, унитарность и территориальная целостность Республики, форма ее правления, а также основополагающие принципы деятельности Республики, заложенные Основателем независимого Казахстана, Первым Президентом Республики Казахстан-Елбасы, и его статус.

Данная норма уже апробирована на практике конституционного производства в марте 2019 года, когда рассматривался вопрос о внесении изменений в Конституцию страны. Инициированный Правительством законопроект был внесен в Парламент только после положительного заключения Совета.

Принимаются законодательные меры по оптимизации порядка обращения судов в Конституционный Совет. С 1996 года представления должны были подписывать председатели соответствующих судов, хотя дела рассматривались единолично судьями или коллегией судей. С 2017 года данное формальное требование исключено. Новые реалии направлены на стимулирование судейского активизма, что в конечном итоге обеспечивает соответствие действующего права Основному Закону страны.

За период с февраля 1996 года по настоящее время в Конституционный Совет поступило более 190 обращений, из них от Главы государства – 22 обращения, от председателей Палат Парламента и его депутатов – 78, от Премьер-Министра – 27, от судов – 70.

Из всех поступивших в Конституционный Совет обращений предметом 27 из них явилась проверка на соответствие Конституции принятых Парламентом и представленных Главе государства на подпись законов. По 15 обращениям были признаны не соответствующими Конституции в общей сложности 17 законов.

Ряд законов, принятие которых имело высокий общественный резонанс, признан соответствующим Конституции, и в связи с этим были сняты сомнения в их конституционности.

Конституционным Советом рассмотрено более 100 обращений об официальном толковании норм Конституции, по которым принято более 80 нормативных постановлений. В постановлениях об официальном толковании норм Конституции Конституционным Советом рассмотрены вопросы реализации и защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина, гражданства Республики Казахстан, избирательной системы, статуса и полномочий Президента

Республики, компетенции, организации деятельности Парламента и статуса его депутатов, законодательного процесса, взаимоотношений законодательной и исполнительной ветвей власти, компетенции и деятельности Правительства, судов и иных государственных органов и пр.

На совместном заседании Палат Парламента оглашено 23 послание Конституционного Совета о состоянии конституционной законности в стране.

Для обеспечения надлежащей их реализации внесены поправки в Регламент Правительства и Правила организации законопроектной работы в уполномоченных органах Республики Казахстан о том, что законопроекты разрабатываются в том числе и с учетом рекомендаций ежегодных посланий Конституционного Совета.

Положительный импульс реализации решений Конституционного Совета оказывает регулярное обсуждение данного вопроса на заседаниях консультативно-совещательного органа - Совета по правовой политике при Президенте Республики Казахстан, с определением ответственных государственных органов и дачей конкретных поручений.

В целом практика конституционного производства, осуществляемая Конституционным Советом, оказывает позитивное воздействие на все сферы общественных отношений. Сам конституционный контроль в Казахстане развивается адекватно современным вызовам и в рамках достижений мирового конституционного наследия.

EVOLVING CONSTITUTIONALISM

Snezhana Nacheva

Quo vadis?

In lieu of introduction

As it happened, my 40-year long career fell entirely under constitutionalism and its Bulgarian manifestation viewed, inter alia, from the perspective of its 140-year long history, understood and proved by the prehistory, history and the present condition of the phenomenon of constitutionalism.

Over the past 25–30 years, I observed, analyzed and tried to identify the specifics in the process of evolution that gave me justification to call it “evolving constitutionalism”.¹

The Biblical question that was chosen as the motto of this article, somehow imperceptibly became my recurring thought when as I analyzed the “political” essentials that in this particular case inevitably related to the “legal” basics held my attention.

The dedicated study with the provisional title “Evolving Constitutionalism, Law and Modern Constitutional Jurisprudence” has been partially presented in a series of publications, articles in the main, over a long period.²

¹ I first used this phrase in the sense of a concept in the monograph “Constitutional Civilization and Bulgarian Constitutionalism” („Конституционната цивилизация и българският конституционализъм“, С, Сиби, 2004), as part of the matter of Chapter One, but systematically treated in p.105-138, with the corresponding numbering and title: “5. Evolving Constitutionalism”. Then and now I did not and I do not see this conceptual designation as identical with “evolutionary constitutions” or with the chronology of the changes of constitutionalism which is now in its third century, theoretically conceived and interestingly presented by Georgi Bliznashki (**Георги Близнашки**, *Еволюция на конституционализма*, С., Унив. изд. „Св. Кл. Охридски“, 2017).

² Cf.: Между тях са: *Конституционализацията на Европейския праворед и националните конституции*, сп. „Общество и право“, бр. 8/2007; *Правозащитната функция в Конституцията от 1991 г. и предизвикателствата на съвременния конституционализъм – в: 130 години българ-*

It is still an open end, even after this article, entitled “Evolving Constitutionalism” which is to present the study conceptually, in a most general form, at the risk of being fragmentary. This foregone conclusion is largely to be attributed to the subject-matter of the study that was undertaken during its reconsideration, in postmodern times as termed by the philosophy of law, via the creation of versions of constitutions, beyond the nation states, but subject to their agreed will, to the constitutional jurisprudence at national and supranational level, materializing the interpretation of the results of this process as reflected in the respective constitutional or quasi-constitutional framework and modelling the practice of its implementation in the most harmonious way possible.

If against the background of prolific multilingual literature on this subject my conclusions draw interest in this different perspective of treatment that, in my view, makes the conclusions a logical outcome of the developments within the very phenomenon, then this scholarly effort was worth making it. After all scholarship is an ongoing polyphonic discussion held as a dia-

*ски конституционализъм – проблеми и тенденции (материали от научна конференция на СУ „Св. Кл. Охридски), т. II, С. Университетско издателство „Св. Кл. Охридски“ 2009, с. 33–58 с научен ръководител **Пл. Киров**; Общностната юрисдикция и националните конституционни юрисдикции – в: Национални и европейски изследвания на съвременния конституционализъм т. I, сборник с редактор **Пл. Киров**, С, Университетско издателство „Св. Кл. Охридски“, 2010 стр. 29–44. Също в: **Ат. Семов (съст.)**, Взаимоотношенията между националния съд и Съда на ЕС, двуезичен сборник материали от Международна конференция (10–13 септември 2009 г. в София), С., УИ „Св. Кл. Охридски“, стр. 239–255; Конституцията от 1991 г. – конституция на еволюиращия конституционализъм – в: **Зл. Орсов (съст.)**, Двадесет години от приемането на Конституцията на Р България (сборник материали от научна конференция – Велико Търново – 3.VI.2011 г.), С., Софи-Р, 2011, стр. 300–350; Еволюиращият конституционализъм и европейския интеграционен процес – нови моменти след Лисабон – в: **Сн. Начева, М. Янева (съст.)**, Европейският съюз след Лисабонския договор – по-близо до гражданите?, двуезичен сборник материали от Международна конференция в София, 13 ноември 2010 г., С., СЮБ, Фенея, 2011, стр. 272–291.*

log to find the truth about of things dating back to Antiquity and whose beginnings were associated with Aristotle.

About the concept “evolving constitutionalism”

The formulation of this concept was intended to highlight and designate the nature of the process of the modern change of constitutionalism and, more specifically, of European continental constitutionalism over the past 100 years.

Changes in developments as a process that moves in different ways generally lead to three possible outcomes. Two of them are diametrical opposites and usually boil down to the following: development manifested in the unfolding of potential capabilities embedded in their essential characteristics as gradation or the opposite, the limitation of these capabilities as degradation. The third one, evolution, though driven by changes, differs significantly from the first two.

Evolution as a process assumes the form of a change that while it does not affect the nature of the phenomenon beyond a line where it will be something different, impacts significantly its essential features that define the phenomenon throughout its pre-impact existence and until the time when the impact starts and when these features begin to change. In this sense, evolution can also be recognized as development. But it is not this as it does not expand the potentials inherent in the phenomenon, does not make it larger or deeper and outlines trends of a new future nature and gradually transform the very phenomenon.

Seeking to differentiate between the two processes and to avoid seeing them as equivalent the languages use different pairs of words to express the different change that each of the words stands for. These are „развитие и еволюция“ in Bulgarian, “développement et évolution” in French³, “development and evolution” in English, though the spelling and the pronunciation vary.

For scholarship, such a differentiation by a term denoting exactly one process underway in tracking it as a change in a phe-

³ *Le Dictionnaire de notre temps*, Hachette Prosveta, Sofia, 1992, p. 440, 564.

nomenon that modifies it without making it different is also necessary in view of its practical meaning.

Evolution, especially when it occurs not as a natural phenomenon but owing to the will and as a result of human intelligence, can be not just observed and analyzed but also induced and directed by it. Therefore, the induced evolution that has a definite purpose to satisfy a particular need deserves even more justifiably to be recognized and distinguished from the other two types of changes. Thus, the choice of the necessary means to achieve the goal can be weighed and made in an appropriate and fair way through the evolution that is effectively going on as a human-driven evolution. As long as we know where we are going.

Assuming that the political domain is taken by the objective that has crystalized in the New Times and come down to us, albeit modified, and that continues to be the common good which is achievable via common will and, to a great extent, via states that are built on comparable, analogous and, in the best of cases, shared values, where man is paramount, we can approach the fact of constitutionalism resulting from the tool that has been deliberately sought over time and that has been effectively found to achieve this objective.

The beginnings of evolving constitutionalism

Constitutionalism as a multifaceted and multidimensional fact is a unique trinity of theory, legal model and application practices in all their movement.

Crucially relevant in this trinity is the constitution, the legal fact of definite theoretic and doctrinal postulates as translated into the language of law and shaped as principles and institutions in relation to the exercise of the State power that ensures political freedom of the individual and protection of fundamental human rights and freedoms in an act of supreme legal force, created in a special way, as an expression of sovereignty, an act that reigns supreme within the system of law and that brings harmony therein.

However, it is only the essential practical application of the Constitution in the policy-making of the State power in question

and the actual application of the constitutional provisions in the real relations between the subjects of law judged as constitutional that could embrace constitutionalism in its entirety.

If we add to this the fact that the three interconnected and mutually influencing components are not static but are modelled under the impact of various factors, we will have a relatively true idea of the intricacy of the problem. As a result of such influences one may observe, at a certain stage of the development of constitutionalism, a gradually formed evolutionary process that is a salient feature of modern constitutionalism and in particular, its European continental model as evolving constitutionalism.

The evolutionary influence on constitutionalism in its entirety, regardless of the particular agent or cause, is today manifested or expressed in two interrelated ways: through the constitutional law and in particular through constitutional jurisprudence. They are the throbbing heart of evolving constitutionalism that marks both, theory and jurisprudence.

It is difficult to date exactly when the specifics of constitutionalism did imply, *inter alia*, that it was evolving already. However, noticeable signs indicating that the process was under way can be traced in constitutional rules that had been deliberately sought after and successfully found later in the form of an expression and guarantee of primacy – the most essential characteristic of the very Constitution, through the institutionalization of the review of abidance. Yet someone may hurriedly object that this is covered as a process by the foregoing understanding of the process of development through change. I do not deny that altogether. Then what gives me the reason to detect in it the beginnings of an evolutionary process and not just development of the primacy that is originally enshrined in the Constitution?

In my view, such beginnings, while they were not sought after as a result in this case, were noticed back in late 18th century. They were identified though no emphasis was laid on their nature as a process mainly in the French scholarly writings⁴ and over time

⁴ It seems that since then there has been a reserved attitude to review of constitutionality in France and that explains even the “painful birth” of the Constitutional Council, in the understanding of Dominique Rousseau who is

justifiably became fundamental for constitutionalism. They were even interpreted in this light in *Loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790* (The Law of 16-24 August 1790 on the Court Organization) in "Le Jury constitutionnaire" (the Constitutional Jury) as proposed by l'abbé Sieyès. By the assignment of this new function, the new body was awarded a key position, for the first time, in the constitutional model of the mechanism for exercising sovereign power. This is the only way to evaluate the description given it by the member of the Convention Berlier as "the great pilot-in-command and the ordinary pilots of the State". The latter, until then, lords who were deterring one another for the sake of the political freedom of man and of the citizen, were already incorporated into a new configuration.

Conceived as development, the guarantee of the supremacy of the Constitution resulted in new relationships in a new configuration at that between the authorities that exercise the sovereign power, beyond the separation of classical powers. The review of constitutionality and its consequences tangibly affect the principle of sovereignty, of political representation as materialized in parliament and couched in the lawmaking of the body that the sovereign has elected. The review of constitutionality seen as a tool to ensure the rule of law whose internal harmony is based on the Constitution that governs its hierarchical system, is review of the constitutionality of the piece of legislation that parliament has produced.

As it is known, the need that was identified in late 18th century to institutionalize the review of constitutionality was met in the early 19th and 20th century by two different models – an

a theoretical advocate of "continuous democracy". **D. Rousseau**, *Droit du contentieux constitutionnel*, 3e ed., Montchrestien. Paris, 1993 – By this treatise Dominique Rousseau suggests to reconsider the review of constitutionality and describes its institutionalization in the Constitution of the Fifth French Republic in the figure of the Constitutional Council (Conseil constitutionnel) as an idiosyncratic key institution of the transformation of the French political and legal system. The role of this body through the constitutional jurisprudence that it exercises gives the author the reason to speak about the transformation of the nature of democracy and about the emergence of new constitutional law.

American and a European model, which review existed in different versions.⁵

For the United States the recognized functional need for such review in the rationale of John Marshall, Chief Justice of the US Supreme Court, in the decision on the Marbury v. Madison case of 1803 did not impact the organization of the constitutionally designated public authorities nor did it lead to the assignment of the new function to a new body. On the contrary, it strengthened the balance of powers, more precisely the balancing function of the judiciary, through a time-honored and effectively operating model of diffuse judicial review over constitutionality, whereby the Supreme Court acquired stronger power over the President and the Congress. This model largely explains the amazing stability of the first written constitution whose immutability is rooted in its variability as a result of the activity of the Judiciary.

In the European constitutional model, regardless of its typological diversity, the need to institutionalize the judicial review over constitutionality has both a functional and an organizational aspect. Beside the three powers that are logically required, the Constitution establishes a new institution for the sole purpose to make sure that the powers recognize the supremacy of the Constitution.

Reluctant that it may be to the legal thinking that was strongly influenced by Montesquieu's sacred triad, we have to accept that the review of constitutionality is a superfunction in the exercise of sovereign power that organizationally declared its existence by the establishment of a new and different human rights institution that is deliberately kept at a distance from the powers and is provided with a new type of impact beyond deterrence and transcending the separation and balance of powers. The world of constitutional states is now confronted with new substantial problems and is seeking new legal formulae for their solution.

By their emergence, the constitutional courts guarantee the performance of the Constitution in its full form as a supreme le-

⁵ **М. Карагъозова-Финкова**, *Американският и европейският модел на съдебен контрол за конституционност: възникване и развитие*, С., Албо, 1994.

gal act in the State. By their fundamental power to rule upon the request of certain entities that challenge the constitutionality of laws and by their rulings that revoke a law and that have an erga omnes effect, the constitutional courts reestablish the supremacy of the Constitution which has been encroached upon by the passage of an unconstitutional law as they perform their concentrated, centralized and ex post review to make sure that the laws comply with the Constitution.

Alongwith, by their very existence the constitutional courts prove that the separation and the balance of powers that until recently were the most essential guarantors of constitutionalism are no longer sufficient. Constitutionalism needs an effective law-provided tool to guarantee the guarantee itself; constitutionalism needs check for compliance and receives it, along with other concomitant consequences for the Constitution and constitutionalism.

By Article XVI of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 France proudly stated: "Every community in which a separation of powers and a security of rights is not provided for, wants a constitution." The undisputed merit of the theory and the practical implementation of the review of constitutionality in the activity of a fundamentally new body, the constitutional court, is to be attributed to Hans Kelsen.⁶ Outstanding contribution to the analysis and entrenchment of Kelsen's theory was made by Charles Eisenmann⁷, the follower and adherent of the thinker who endowed 20th century constitutionalism with an institution that enabled the effective manifestation of its nature that is underlined by the supremacy of the Constitution. Alongwith, by his innovation he rationalized, inter alia, the evolution that was provoked in constitutionalism by its own steered transforming course.

After 1920, with the advent of the first constitutional courts in Austria and Czechoslovakia, even more so in the post-World

⁶ **H. Kelsen**, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962; *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP, 1928 (both works are in a translation into French made by Charles Eisenmann – author's note, S.N.).

⁷ **Ch. Eisenmann**, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1928, réédition 1986.

War II period when Western Europe saw the establishment of many constitutional courts, the description of the Constitution as given in Article XVI of the French Declaration of 1789 was no longer sufficient and had to be supplemented. Its wording should have run as follows: Every community in which a separation of powers and a security of rights is not provided for and in which there exists no judicial review of constitutionality, wants a constitution. Such was already the description of the act designed to reign supreme but impotent to perform its intended function without such review in play.

Later the evolutionary process deepened owing to the impact of public international law. This time the path ahead transcended the national constitutional frame and established international supranational human rights legal standards – a hitherto undeniably constitutional law matter was treated in international conventions such as the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECPHRFF). The establishment of an agreed mode of application of these standards was ensured by an appropriate supranational judicial procedure that is followed by a supranational court of human rights protection. The Strasbourg Court is such a supranational court of human rights protection for the Council of Europe member states. As a rule, by virtue of an amendment to the Constitution, international treaties that are ratified following a constitutional procedure by the respective state and that enter into force, become part of the domestic legislation and in most cases take precedence over the domestic law provisions that are dissonant with them.

Therefore, resting on the constitutionally compliant and acceptable ratification of an international treaty with text and effects therefrom, the modern states can participate in the process of the application of an equally valid supranational standard vis-à-vis one of the most essential constitutional law matters. This standard is also the degree of acceptability of the State's interference with the physical and psychological domain of the individual for the sake of common security by limited rights and responsibilities and by the State-provided guarantee for the human

rights and fundamental freedoms under this standard for which the State agrees to bear responsibility.

European integration and evolving constitutionalism

From its very beginning the European integration process⁸ has had an impact on evolving constitutionalism though this was not the term given it through which it materialized in the individ-

⁸ Against the background of research into the differences between the European legal order and international law in Jean-Claude Gautron's publications, I came across a very interesting tracking down of the cause-and-effect between the European integration process and what I term evolving constitutionalism as a kind of constitutional dimension of Community law. This dimension, to a varying degree though, is always present as a result and a tool for the implementation of the integration process itself, and is reflected in the account of what has been achieved as a result. If, at the outset, the European Coal and Steel Community (ECSC) and after it the EEC, in an act of the Court of Justice (CJEC, 23. 4. 1986, *Parti écologiste Les Verts*, 294/83), was defined as a law-based community, i.e. a community based on a treaty, the constitutional principle – both in the institutional mechanism and in the terminology – these are brought here by the Maastricht Treaty, strongly influenced by the concept of the state committed to the rule of law while the constituent instruments are already regarded as a constitutional charter of a legal community. Even the new human rights issue that later became part of the Lisbon Treaty was delivered as part of the law of integrated Europe in 2000 as a Charter. Thus, a specific, independent, international, Community legal order emerged and, once created, visibly and steadily moved towards constitutionalism (Европейско право, Унив. изд. „Св. Кл. Охридски“, Институт по Европейско право, С., 2006, с.188 и следв.). The draft of a Constitution for Europe was intended to be a decisive step towards the constitutionalization of the European legal order while the Lisbon Treaty, as it addressed the constitutional terminology, perpetuated the spirit of what had been achieved and, moreover, expanded the forms of institutional dialog with the member states.

An interesting form of radical suppression of the tension that arises during any threat be it even a sham threat, over the separation of the concept of “Constitution” from the concept of “State” in our time is suggested by Jean-Denis Mouton (**Жан-Дени Мутон**, *Конституционно право на Европейския съюз – в: Записки по право на Европейския съюз*, С., Университетско издателство „Св. Кл. Охридски“, 2009, Т. I, стр. 187–240). In his view, if we separate the two concepts, which means that we accept the standalone existence of the phenomena that they stand for, we may even be able to define the EU itself. The example of separation that he suggests describes and defines the EU as a treaty-based union of sovereign states that have chosen to integrate into something that is less than a state but more than an international organization and that is a multinational federation which is not a federal state. In the understanding of the author of this description, “on this basis we can already speak of the constitutional law of this federation”.

ual stages of development: this is something that has been studied sufficiently well in all its aspects in multi-volume works in many languages and some of this literature is now desk reading for scholars who study this process.

By its development, especially since 1992, European integration has significantly intensified this evolutionary process by bringing new aspects to modern evolving constitutionalism.

My scholarly interest in this area continued to be fueled by the latest developments in this evolution: these were generated and materialized in the so-called Lisbon Treaty that described itself in one of its constituent parts – the Treaty on European Union (TEU) as a new stage of the European integration process. With this description the Lisbon Treaty is a new stage also of the impact of the European integration process on evolving constitutionalism which raises its new questions that are in waiting for an answer which has not come yet to the Biblical question “Whither goest thou?” (Where are you going?) which question in our case was rephrased as “Where are we going?” a long time ago.

In addition to its territory and space dimension – the enlargement of the EU by the accession of new member states to reach a total number of 27 +1 (the United Kingdom is currently negotiating the Brexit terms), there exists yet another extremely important dimension. Deliberately sought after over the post-World War II years and especially intensively since 1992, this dimension has found its successive and, for the time being, the latest milestone in the quasi-constitutional framework of the Lisbon accords and the protocols thereto. This dimension is expressed in the deepening of the integration within the EU itself, in the organization and activity of the Community institutions, in the interinstitutional relations and in the relations between the Community institutions and the member states’ national institutions.

As this dimension of the European integration process expands and deepens, it is more and more courageously embedded in the until recently classical constitutional law matter that is governed by the national constitutions. This forms a standalone range of issues arising from the now inevitable institutional dialog between the Court of Justice of the European Union (CJEU)

and the member states' constitutional courts in order to further reflect on the relationships between the member states' constitutions and EU law.

The reconsideration of tenets that until yesterday were classic but that still exist presupposes such a dialog, even from the perspective of the emerging theory of multilevel constitutionalism.⁹

Since the 1990s, to be more precise since the Maastricht Treaty of 1992, the European integration process gradually but steadily and intensely has called for rethinking the concept of constitutionality inspired by the realities through which it materialized or maintained its efficiency. At some points such as the thwarted idea of the Constitution for Europe, the awareness of such reconsideration has even led to a specific proposal for an option that went beyond the willingness of European citizens to recognize it as a binding decision. At another subsequent point, the Lisbon accords are a need, which, although partially met, continues to be on the agenda in a veiled form.

At the same time, for the purpose of and in connection with the accession to the EU or in the course of EU membership the member states' national constitutions and national jurisdictions designed constitutionalism in a way that substantially changed the concept of constitutionality. This was largely a response to the binding principle of the primacy of Community law¹⁰ and to the principle of the direct effect which principles were established and consistently applied by the Court of Justice of the European Communities, today's Court of Justice of the EU (CJEU), and, in addition, a response to the crucial issue of the separation of competences between the national and Community institutions.

⁹ **Е. Танчев**, *Съвременният наднационален конституционен плурализъм или подреждането на конституционни правопорядъци* – в: **Пл. Киров (съст.)**, *Конституционни изследвания, 2012–2013 г. Конституционна защита на основните права и свободи*. С., Университетско издателство „Св. Кл. Охридски“, 2014, стр. 171 и сл.

¹⁰ **Ем. Друмева**, *Относно примата на правото на Европейския съюз над националното право* – в: **Ат. Семов (съст. и ред.)**, *Лисабонският договор – една (не)довършена реформа*, Международна конференция, Университетско издателство „Св. Кл. Охридски“, 2008, стр. 137–141.

First, the constitutions themselves, while drawing on appropriate amendments that enabled the accession process, allowed for the transfer of sovereignty at supranational level. The Treaty of Accession to the EU presupposes and, moreover, necessarily includes that essential element of the negotiation.

The phrase “transfer of sovereignty” as intended to explain the substance and to designate a new constitutional law parlance (providing we have forgotten altogether the polemics with Jean-Jacques Rousseau about political representation and sovereignty which polemics was held at a time other than that) is an internally contradictory phrase and in some ways a misleading phrase. For the country concerned the phrase connotes rather a self-restraint of State sovereignty on certain issues and in a certain measure with the instruments of self-restrained constitutionalism. In other words, the State renounced of its own free will the option to exercise primacy, autonomy and independence in the resolution of certain problems in a certain measure, against the new opportunity to be involved in their joint solutions in forms seen appropriate, through the EU institutional lever.

For the EU these are conferred powers that are exercised by the competence of the institutions, which are entrusted with these powers as conferred on them by the accession treaties. While EU institutions are conferred such powers, the conferral cannot and does not constitute any new kind of suprastate/supranational sovereignty. This conferral is the manifestation and result of the mutual sovereign agreement between the member states for the sake of their union in the figure of the phenomenal entity termed EU. While it is not a state, as a union of states, the EU exhibits features of statehood and often ignores its singularity, before we give us an answer to “After all, where are we going?”

The deliberate limitation of state sovereignty by the member states in order to enable the joint exercise of powers at supranational level and without the transfer of sovereignty is an essential exhibition of evolving constitutionalism triggered by the European integration process.

There is a transfer allowed by the Constitution. It is the handover of Constitution-established powers of national institutions

to supranational institutions for joint exercise. Therewith the authorization of the transfer and the question of the legal nature of the accession treaty become constitutionally relevant.

Given their constitutional relevance and in view of Bulgaria's forthcoming accession to and membership in the EU, the Constitution of the Republic of Bulgaria was amended and supplemented¹¹, including the part concerning the constitutional ratification of international treaties. The new subpara 9 of Art. 85, para 1 provides for a constitutional avenue for unprecedented treaties "to confer to the European Union powers ensuing from this Constitution."

Unlike the other treaties under paragraph 1, a newly signed treaty under subparagraph 9 shall be ratified by a law that shall be adopted by a qualified majority of two-thirds of all members (240) of Parliament and not by a simple majority that is required for the other eight types of treaties subject to ratification as appropriate.

The possibility that is made available by appropriate amendments to the Constitution for such a treaty and that was constitutionally excluded until then is now constitutionally acceptable. By its subject and effects, such a treaty enjoys undeniable constitutional relevance. As a result, the constitutional courts that see to the supremacy of the respective constitutions have come to recognize the fact that each of these constitutions implicitly includes new realities as brought about by the accession.

¹¹ Durzhaven vestnik (The State Gazette), No. 18/2005. This constitutional act was preceded by Decision No. 3/2004 on Constitutional Case No. 3/2004/DV, No. 61/2004/ of the Constitutional Court with a binding interpretation of Art. 153 and Art. 158, item 3 of the Constitution. In answer to the question: Do the amendments to the Constitution required in connection with the accession of the Republic of Bulgaria to the European Union constitute changes in the form of state structure and state government? – in the reasoning of the decision, Section V, Item 1, the Constitutional Court touched, inter alia, on the question of the nature of the EU. In the view of the Constitutional Court "Given the very nature of the integration process the EU is neither a federation nor any form of state structure" and "The democratic constitutional model under which the modern Bulgarian state is organized will not be affected by the future membership in a supranational organized interstate community where the democratic legitimacy deriving from the peoples of the member states is guaranteed."

The question of the constitutionality of laws continues to be fundamental. But its substance has changed as the judgement of constitutionality is based on the ascertained compliance of a piece of legislation with a particular *bloc de constitutionnalité*, if we are to use the loan term from the constitutionalism in France that started in 1789 and reached the Constitution of the Fifth French Republic. This *bloc* includes, together with the body and spirit of the national constitution, the treaty of the accession of the respective country to the EU. More specifically, from now on the judgement of constitutionality must include and recognize the treaty of accession and its legal effects after its entry into force.

Thus the national constitutional courts, by virtue of the constitutions that made possible the accession treaty with such text, become guardians of the supremacy of the constitutions in constitutionalism that is evolving under the influence of the European integration process and that allowed and accepted a certain degree of impact of EU law at constitutional level alike. Right here, in my view, in the degree of influence, is the intersecting point of the new manifestations of evolving constitutionalism, with the tensions in their consideration therefrom that are to be overcome by the appropriate institutional dialog, which is still deficient.

Deficiency and dialog as a prelude to understanding the need to make it up

On the one hand, the CJEU's position to address this issue in a manner that is identical for all EU member states is understandable.

On the other hand, it is logical and understandable that the constitutional court of a EU member state should continue to guarantee the supremacy of the respective constitution that is now influenced by the accession treaty, *inter alia*. This should include both its assessment of the fulfilment of the country-specific commitments arising from the accession and an assessment of the compliance of EU law with the treaty framework concerning the treaty-conferred powers. According to Article 5 TEU, the limits of Union competences are governed by the principle of

conferral and the use of Union competences is governed by the principles of subsidiarity and proportionality.

The solution to this issue should be sought and found in an institutional dialog between the CJEU and the national constitutional courts. This is not a question of the primacy of Community law, i.e. of the EU law provisions; it is a question of the content of that law with recognized precedence and the mechanism of its impact as such on the national law of the member states that uphold their constitutional identity, which is recognized and respected by the EU.

The modern constitutionalism of the member states continues to rest on and show in the constitutional identity of each. But it is now influenced by the fact that the member states are participants in the integration process that has provoked new forms of manifestation of evolving constitutionalism. The very idea of constitutionality has been changed and, after the accession it takes into account, *inter alia*, compliance with the accession treaty. Moreover, it recognizes that what we have joined has evolved over time, with the involvement of the member countries, through the EU institutional framework. This has to be properly recognized and accounted for both by the CJEU and the national constitutional courts. This issue cannot be solved unilaterally.

Even if unilaterally imposed, such a solution would not be sufficiently convincing in terms of legitimacy. There will be periodic reports of tension between EU law and the national law of a member state, in the form of nuanced opinions of the national constitutional courts on one or other issue related to EU membership. And this will happen because the national constitutional courts continue to be the guarantors of the supremacy of the respective constitutions after the accession, taking into account the fact of the accession and its legal implications at constitutional level through the constitutional bloc that has emerged as a result.

So far, the national constitutions have conferred sufficient competences to the relevant Community institutions and, after Lisbon, to the EU institutions. These institutions should now promote institutional dialog in a manner that adequately respects the national constitutions.

Assuming that the constitutional courts are seen and act as guarantees of the supremacy of the respective constitutions and, at the same time for applying the treaties and for meeting the constitutionally important commitments under the treaties, we will conclude that in terms of function they are already the guarantors for the application of EU law. In this sense the concern for the enforcement of EU law in an identical manner from member country to member country that justifiably uphold their constitutional identity, is a concern of the constitutional court in each country. A comparative analysis of jurisprudence after the accession to the EU would convince us in the gradual but steady and sometime controversial development of a correct and adequate vision of the impacts of accession on constitutionalism in each country.

The Federal Republic of Germany, to be more precise the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht/BverfG*) is an interesting architect of a peculiar dialog-prelude to make up the deficiency of institutional dialog, appearing steadily in different kinds of interstate legal communities.

The German Federal Constitutional Court initiated such a dialog with the European Court of Human Rights in Strasbourg over the interpretation of the human rights standards as soon as the Federal Republic of Germany joined the Council of Europe. Judging from the *Caroline vs Hamburg* Case of 2004 the dialog, following the acceptable form of procedure, continues into the 21st century.

A similar dialog concerning the interpretation of constitutional concepts was conducted by the Karlsruhe Court with the Luxembourg Court if we take into consideration the nature of cases such as *Solange 1* (1974), *Solange 2* (1986) and *Solange 3* (2000). With them the Constitutional Court gave a clear indication of its understanding that the relationship between the Court of Justice of the European Communities/Court of Justice of the EU and the constitutional courts cannot be explained solely by the principle of “*primauté*” (primacy) of EU law over the national law of the member states.

Although developed within the institutional framework of the legal community concerned, the substantive content of the

claims brought to the supranational jurisdiction in these cases has triggered discussions about the common applicable law beyond the specific case. Such discussions are needed but are not held in the adequate measure as an institutional dialog before the emergence of sufficient reasons for litigation.

Consistent in the reflection on its delicate role on this matter, again the Federal Constitutional Court of Germany, in its balanced decision of 30 June 2009-BvE 2/09¹² on the compliance of the Act on the Ratification of the Lisbon Treaty with the Basic Law for the Federal Republic of Germany (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), motivated it with the analytical approach to current European integration developments that call for adequate steps such as the member states' practical involvement in the process and the preparedness of the German legislature to provide the appropriate legislation.

This was achieved by linking the final ratification of the Lisbon accords with the prior legislative conferral of sufficient powers to the Bundestag for its future involvement in the EU legislative process and in particular in the procedures for revision of EU primary legislation, the Treaties.

The ruling was in response to five constitutional complaints raising concerns about trimming the avenues of the exercise of the right to participation by the national parliaments that are the only ones that received their mandate from the sovereign in the EU legislative process.

In my reading this sensitivity of the petitioners to the problems is an expression of the understanding that the European integration process itself, a product of the European nations' sovereign will must not move on at the expense of sovereignty but as a result and as an expression of an agreed common will with the

¹² A detailed analysis of the Decision of the Federal Constitutional Court of Germany of 30 June 2009 – **М. Карагъозова-Финкова**, *Ролята на националните парламенти след реформата от Лисабон: необходима ли е промяна в българската система за парламентарно наблюдение и контрол над дейността на правителството по европейските въпроси.* – в: **Пл. Киров (съст.)**, *Национални и европейски измерения на съвременния конституционализъм*, Т. 2. С., Университетско издателство „Св. Кл. Охридски“, 2010, стр. 20–32.

participation of the national parliaments that are directly elected by the sovereign. In this sense the extension of the competences of the institutions, even in the way of facilitated procedures for its implementation (for instance Article 48, 6 and 7 TEU or Article 352 TFEU) presuppose the prior consent of the national parliaments. The other member states have likewise passed constitution provisions expressing such an understanding with a content similar to that provided for in Art. 23 of the Basic Law for the Federal Republic of Germany about the involvement of the State in the construction and development of the EU. For the Republic of Bulgaria, this is Art. 4, para 3 of the Constitution as part of the revision of our basic law on the accession of the Republic of Bulgaria to the EU.

In my view, when this involvement is active it gives legitimacy to both the European integration process itself and the tolerable reasonable measure in which it influences evolving constitutionalism. Such participation, in a different form, will continue to be necessary until we make it clear where we are going as we march along. And after that too, depending on the answer.

The Czech Constitutional Court's Decision No. Pl.US 19/08, with the interpretations of shared competence merits proper attention. The transferred powers continue to be exercised with the participation of the transferor, in the manner that has been agreed earlier and that is controlled by the agreeing parties. Moreover, every stage in the development of the integration process needs democratic legitimacy by the involvement of the national parliaments since the European Parliament is not their analogous version at supranational level. This legitimacy may also be reflected in the parliamentary control over the national governments in their enhanced role in decision-making at EU level.

Institutional dialog between the CJEU and the national constitutional courts of the member states is necessary and must be possible in certain forms. Dialog is always a two-way exercise. Dialog can achieve a common will, with due respect to and recognition of the status of the parties: the supranational jurisdiction of the CJEU and the national constitutional courts, in a common effort to ensure the application of EU law in a way that respects the supremacy of the constitutions that have made possible and acceptable its

passage and enforcement as Community law and that have guaranteed its application as such within each member state.

Forms of institutional dialog have been sought and explicitly included in the TFEU. The specifics of the institutions in question here clearly limits the possibilities for such a dialog but does not exclude them altogether. I just try to explain the need for such a dialog whose balanced sufficiency should be found by someone else if the dialog is seen as necessary. Yet a proposal, providing it gives reasons in favor of the need for institutional dialog, would justify the account below as logically expected.

One proposal for a possible form of institutional dialog between the cjeu and the constitutional courts

Taking into account the evident change in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Community after the 1990s, and now that of the Court of Justice of the European Union, whereby the Court often formulated and formulates criteria for the application of Community law, respectively EU law, which criteria are established by the national courts by preliminary rulings, I find the proceedings under Article 267 TFEU, together with the relevant regulation in the Statutes of the CJEU and the Rules of Procedure of the Court of Justice to be an effective form of institutional dialog, with further potential in the context of the current deficiency, for the promotion of cooperation between the supranational jurisdiction and the constitutional courts of the member states.

The course of the dialog, noted and, as appropriate, analytically reflected in the legal literature, arising from the need to clarify the meaning of the applicable rule of EU law in the resolution of a specific case by a national court and requiring interpretation by the CJEU in line with Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, is a process of “cooperation” between these courts. As a result of this cooperation, “the development of the EU legal order is largely a product of the dialog between the national courts and the CJEU within the proceedings under consideration.”¹³

¹³ **Ж. Попова**, *Право на Европейския съюз*, Второ прераб. и доп. изд., Сиела Норма, 2011, стр. 431; **А. Корнезов**, *Преюдициалното запитване*

The CJEU's practice in the said proceedings and already codified by it¹⁴ may suggest other possibilities for unleashing this potential but my proposal is based on the need to advance the dialog, with a small but significant addition to the current model expressed in the formula: "You ask, we answer, but you decide."

The model I propose, without prejudice to the question of the CJEU's competence, recognizes, inter alia, the fact that national constitutional courts are the guarantors of the supremacy of the respective constitutions influenced by EU accession. This recognition could be achieved by constituting all member states' constitutional courts as parties concerned in cases where the interpretative points in the Court's rulings will inevitably also concern fundamental issues pertaining to modern evolving constitutionalism that is influenced by EU accession and EU membership.¹⁵

до Съда на Европейските общности, Сиби, 2012. For both authors and for many of the researchers on this issue, this non-judicial proceedings is strong because of the nature of the national court's cooperation with the CJEU in the form of dialog in order to clarify a EU law provision that is applicable to the resolution of a specific case by a national court, which is the meaning of the Court's judgment on Case No. 166/73, CJEC, 16. 1. 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73.

¹⁴ Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary rulings proceedings, Official Journal of the European Union, 2012, C-338/01.

¹⁵ **Ал. Корнезов**, *Отговорност на държавата за нарушаване на правото на ЕС*, С., Сиела, 2012, стр. 319–322 (in this case – Art. 2 in relation to Art. 7 TEU on the determination of the existence of a serious and persistent breach by a member state of the EU values and the suspension of the accused country's rights).

In one publication "The Role of Justice in the European Union" („Ролята на правосъдието в Европейския съюз") that we owe to **Ivanka Ivanova**, Director of the Legal Program of the Open Society Institute, as a compiler and translator of the papers for the conference on 21-22 November 2013 in Brussels that was organized by the European Commission under the heading „Les Assises de la justice" and attended by over 450 members of the legal profession from the EU member states, I was pleased to open an individual „Panel 3: Towards a new rule of law mechanism". The statement Jean-Marc Sauvé, Vice-President of the Conseil d'État of the French Republic, provided me with further proofs of my understanding of the need of conducting this institutional dialog on the rule of law as a European value, as provided by Article 2 TFEU. With thousands of concepts of the content embedded in this terminological

Owing to its nature, it is precisely the power under Art. 267 TFEU that, in spite of all its peculiarities, relates to functionally to the constitutional courts and serves the purpose to ensure cooperation with the national courts in the application of EU law. Such a feature of the proceedings under this article is to be found in the preliminary ruling on Case 16/65¹⁶ of the Court where special attention is given to the “special field of judicial cooperation with the aim of ensuring that Community Law is applied in a unified manner by all member states.”

The core of the two preliminary rulings under Art. 267 TFEU – the interpretation referred to in point (a) or the validity and interpretation in point (b) and the possibility for the CJEU to transform a question concerning interpretation into a question concerning validity (Case 145/79)¹⁷ – is the interpretation whose subject and scope is specified in the preliminary ruling on Case 83/78¹⁸.

The legal effect of interpretative preliminary rulings as construed in the proceedings of Cases 28-30/62¹⁹, without having the force of *res judicata* in proceedings “between judges”, without parties and without being adversary proceedings, has the force of *res interpretata* – incorporated into the interpreted text and drawing on its effect (Case 59/85)²⁰. It reveals the meaning and sense of the interpreted text since its creation. However, given the inconvenience of the retroactive effect of the decision, the Court ruled that enforcement should start as of the date of the decision

phrase that is present in scholarship, journalism and legal acts – both national law and Community law – the rule of law under Article 2 TEU shall have not only a precise and clear definition but also a framework for the mechanism of the criteria for effective EU action in the application of Article 7 or other mechanism for protecting at as value, as a last resort against deviations that the member state cannot address on its own. Such an approach based on trust and taking into account the competence conferred, subsidiarity and proportionality as principles laid down in Article 5 TEU implies the hearing of national constitutional courts in interpretative proceedings on such matters.

¹⁶ CJEC, 1. 12. 1965, *Firma G. Schwarze v Einfuhr*, 16/65.

¹⁷ CJEC, 15. 10. 1985, *SA Roquette Frères v French State*, 145/79.

¹⁸ CJEC, 29. 11. 1978, *Pigs Marketing Board*, 83/78.

¹⁹ CJEC, 27. 3. 1963, *Da Costa en Schaake NV*, 28-30/62.

²⁰ CJEC, 17. 4. 1986, *State of the Netherlands v Ann Florence Reed*, 59/85.

(Case 43/75)²¹. Even this cursory and partial examination of the case-law of the Court of Justice of the Community in preliminary rulings as set out in the Treaty establishing the European Coal and Steel Community, ECSC Treaty, in the Treaty establishing the European Atomic Energy Community (EAEC or Euratom) or the Treaty of Rome (EEC), the Treaty establishing the European Economic Community, later the Treaty on European Union and now Article 267 TFEU gives some idea of the importance of the issues interpreted in these proceedings and the decisions therefrom.

The possibility to join the proceedings is good but it is not always that it materializes and when the proceedings go forward, it is seldom an outcome of the need to express the constitutional law position that is relevant to the issue under consideration.

The establishment of the constitutional courts as parties concerned by the CJEU would be a kind of recognition of the need for dialog with these national institutions as identified by the supranational court itself. The encouragement provided to this dialog by the Court on such issues would be a good sign and a convincing proof that the specifics of evolving constitutionalism have been taken into account and in molding its acceptable manifestations given the constitutional courts' involvement in the harmonization of the case law on EU law application by means of a preliminary ruling.

An objection may be raised here that a legal instrument to enable this is not in place. Yet the invention of such an instrument can be encouraged and even induced within the existing legal instrument. On several previous occasions the CJEU has acted, with an effect that is visibly recognized and seen as beneficial to the Community, by its jurisprudence as a demiurge of law by including, but not limited to, the provision of the justification, formulation and enforcement of the three fundamental principles of Community law – direct application, direct effect and primacy of Community law over the member states' national law.²²

²¹ CJEC, 8. 4. 1976, *Defrenne*, 43/75.

²² The Court decisions on Cases 46/62, 6/64, 13/68 remain among the most important for the role of Community law in the European integration process which role is ensured, inter alia, by the CJEU jurisprudence on CJEC, 5.

By the recognition of and a new emphasis on the institutional dialog that is maintained within the framework of the preliminary rulings under Article 267 TFEU and centered on the content of the precedent law and the mechanism of its impact on the national law of the member states, the CJEU could “take the liberty” to set a precedent and proceed with this constitution. If the outcome of the precedent is judged encouraging, its institutionalization might be considered.

In this way the CJEU would impart a new richer meaning to the dialog via preliminary rulings on matters of principle that concern the modern evolving constitutionalism that has been influenced by the EU accession and EU membership, the assumed wording being: “Before we answer you, we, the guarantors of the application of EU law, would like also to hear the guarantors of the supremacy of the national constitutions influenced by EU law.”

It is understandable that such a constituting effort should be motivated by the relevance of the preliminary ruling on the application of EU law by the national courts or tribunals. Crucial here would be the CJEU’s judgment of the constitutional law relevance of the issue or of its intersection with EU law and evolving constitutionalism over which EU law has primacy.

Thus, in my opinion, there will be cases that will deserve to be selected and rated as “The CJEU Grand Decisions” as they will reflect and express the current state of the evolving constitutionalism whose existence is not eliminated at all and whose real contribution to EU law application is recognized.

The proposed institutional dialog, without prejudice to the CJEU functions and competences, by which it molds the practice of EU law application, can reflect and benefit from the constitutional courts’ contribution to EU law application. This would create an internally coherent practice that recognizes both, the loyalty in the cooperation of the member states and the constitutional identity of each one of them, conserved though already influenced, through acceptable amendments to the constitution, by the EU accession and the legal consequences proceeding therefrom.

2. 1963, *van Gend & Loos*, 26/62; **CJEC**, 15. 7. 1964, *Costa v. ENEL*, 6/64; **CJCE**, 19. 12. 1968, *SpA Salgoil v Italian Ministry of Foreign Trade*, Rome, 13/68.

The Court of Justice of the European Union can best judge in which cases, where specific requests are considered under Article 267 TFEU, significant issues of quasi-constitutional type are tangibly affected, *inter alia*, making it appropriate to constitute the constitutional courts as parties concerned in the preliminary ruling proceedings under Article 267 TFEU.

Such an institutional dialog would be particularly useful both, in a preliminary ruling of the Court on the interpretation of the Lisbon Treaties²³, and on the validity of an act of the Union institutions especially where there is a likelihood or a lacuna arising from its application in the EU member state's national law. This institutional dialog could be expected to contribute, *inter alia*, to the hearing of disputes of competence by the CJEU over contradictory matters concerning subsidiary (shared or divided) competence or over the principles on which the EU is founded as laid down in Article 5 TEU. In an equal measure, interpretation is required by the abstract nature of the concepts that describe in Article 2 TEU the values on which the EU is founded and by which the EU is inspired, without clarity which would make it difficult for the special proceedings under Article 7 to determine the existence of a serious and persistent breach by a member state of the values referred to and to suspend rights. Moreover, the Court of Justice

²³ **Ж. Попова**, Цит. съч., с. 457. In the work quoted, p. 457 I came across an example of a CJEU decision under Article 267, on the established practice in Italy where each Italian judge, in the event of finding the non-conformity of a national law with Community law, shall suspend the case and refer the matter to the Constitutional Court of Italy. Beyond the subject matter of this case, the establishment of such a procedure becomes a sign of reasoning in legal terms for which there is rationale whereby the constitutional court of a member state is not to refrain from the assumption of an attitude towards the possible non-compliance of a national law with Community law. The synchronization of the application of Community law, now EU law, presupposes cooperation between the constitutional courts and the CJEU, in cases such as the one in which the latter engages in interpretation and in the absence of such institutional dialog has brought about this practice. This practice, without being encouraged, can be taken into account in the reasoning about the need to promote institutional dialog by preliminary rulings that involve the constitutional courts too, whenever they have not requested a preliminary ruling on an initiated case under Article 267 TFEU.

of the Community imparts to each term that it uses an exclusively Community meaning and sense (Cases 75/63, 283/81, 298/87).

The case law of some constitutional courts over the last ten years provided convincing examples of the need for the institutional dialog in question and even suggested the limits of its possible future acceptability, doing so either by means of the existing forms – in the event of ratification of primary acts of the European Parliament or by means of the request for a preliminary ruling. I will give just two examples.

The first one is the above-cited example – again the judgment of the German Federal Constitutional Court of 30 June 2009. By this judgment the Court, both in the reason and in the operative part, acted as a constitutional court of a EU member state – a guarantor of the application of the Basic Law for the Federal Republic of Germany as the constitution of a member state of the Union. In the reasons, the Court clearly elaborated its understanding of constitutionality which respects the effects of EU membership in view of the EU law application but in harmony with the German constitutional limit.

Such a position submitted as an opinion to the CJEU and discussed by the CJEU together with positions, be they similar or different, submitted by other constitutional courts would significantly contribute to the cogency and legitimacy of the CJEU decisions on issues relating to quasi-constitutional concerns of the exclusive competence of the Court based in Luxembourg, and thereby, to the harmonization of the practices of the EU law application to this sensitive issue.

The second example dates from 2010 when Belgium's Constitutional Court approached the CJEU with a request for a preliminary ruling on what it termed "a hypothesis of a lacuna" in a piece of legislation that transposes a directive whose validity is debatable.

In fact the two contentious issues in this case, though logically related, are handled by "two levels" of courts: at national level where it is Belgium's Constitutional Court, and at supranational level where it is Court of Justice of the European Union, acting as a quasi-constitutional court of the EU. As these two issues are logically related, they should be addressed as the same logic is applied.

As for the constitutional courts that have already been recognized as parties concerned in the preliminary ruling proceedings under Article 267 TFEU, they could decide whether to give opinions or not. The opinions stated are not binding on the CJEU. The mere expression of opinions prior to the CJEU's delivery of judgment when closeness or similarity has been detected and after deliberation may persuade the court to accept or dismiss points of their argumentation when it pronounces its preliminary ruling.

And one more thing that goes beyond the legal justification of the need for the proposed institutional dialog in this case – the use of the assistance requested. Without deciding on a specific case, with the preliminary ruling to a request under Article 267 TFEU, the Court based in Luxembourg in fact largely influences or, in a sense, predetermines future decisions of the national courts while the ruling is not necessarily binding even on the court that has requested a preliminary ruling. Hence the stronger justification of the proposal to constitute the member states' constitutional courts in preliminary ruling proceedings in the CJEU in view of the effects of the Court's rulings whose ultimate goal in this case is to support the establishment of a consistent procedure of EU law application.

While this *modus operandi* does not take away whatever of the CJEU's competence and importance, it recognizes the role and significance of constitutional courts in the application of EU law in a Union that is committed to the rule of law of sovereign states and nations, it would be in harmony with the underlying idea of the EU itself. This would, to an extent, lull the sharp feeling of unilateral pursuit and formulation of answers to questions concerning difficult constitutional law problems and called for by the European integration process.

In lieu of conclusion

While today evolving constitutionalism gives answers, it continues to seek answers to the intriguing question: "How can we reconcile what is irreconcilable?"

There exists a need for a common political will and for a modern understanding by the constitutional courts of the constitu-

tional identity that is influenced by the EU membership of the country concerned just as there is a need for an equally sustained effort by the CJEU to see and perceive the constitutional courts as advocates of the cause to establish a cohesive and consistent practice of EU law application and when they act as guarantors of the supremacy of the constitution of the concerned member state.

In the aftermath of the failure of the draft Constitution for Europe and in a turbulent time intended for reflection where political responses fall behind the emerging issues, the Lisbon Treaty brings about the need for institutional dialog between the CJEU and the member states' constitutional courts. Premising on the philosophy embedded in the political design and its implementation, on concrete texts and their systematic interpretation, the two significant principles that can now be inferred might prove to be crucial for the practical implementation of the Lisbon arrangements. These are:

1. Respect for the member states' national identity²⁴ and, above all, for their constitutional identity as its manifestation.

2. Loyal cooperation of the member states in the fulfilment of the obligations arising from their EU membership as well as active involvement in EU development through EU law.²⁵

²⁴ **М. Белов**, *Българската конституционна идентичност. Теория, история и значение в контекста на наднационалния конституционализъм*. С., Сиби, 2017; *Определяне и отстояване на конституционната идентичност – процедурен въпрос на границата между националния и наднационалния правопорядък или скрита битка за суверенитет?* – в: **Пл. Киров (състав. и науч. ред.)**, *Конституционни изследвания, 2014–2015 г., 25 години демократична трансформация в Република България*, С., Университетско издателство „Св. Кл. Охридски“, 2017, стр. 372–394.

²⁵ I am bound to specially acknowledge my professional satisfaction with the three publications of Bulgarian Constitutional Court members in the collection **Ев. Танчев (съст.)**, *Класически и съвременни тенденции в конституционния контрол*, С., Феня, 2012, с материали на организираната от Конституционния съд на Р България Международна конференция, по повод на 20-годишнината от приемането на Конституцията на Република България и Закона за Конституционния съд, а именно:

– **проф. Е. Танчев**, *Зараждане и еволюция на конституционния контрол (аспекти на конституционния контрол в сравнителна перспектива и в светлината на българското право)*, стр.70–98;

Institutional dialog between the CJEU and the constitutional courts is indispensable in understanding the meaning and substance of these principles, in line with Community jurisprudence²⁶ in molding their application practice. What was incompatible yesterday might become compatible tomorrow.

What we know for sure is that between yesterday and tomorrow there stands today where supranational quasi-constitutional superimposition occurs and inevitably reflects on, inter alia, the member states' evolving constitutionalism as a reality, in the part that has been brought about or triggered as a result of the European integration process.

We got here. Yet, where are we going?

We owe ourselves an answer. And we owe it before the evolving constitutionalism becomes evolved constitutionalism.

Note: Since the format of the publication, its size included, significantly limit the opportunity for comprehensive bibliographic reference, I trust that the readers will visit the Eur-Lex dataset and the CJEU website www.curia.europa, which regularly carry publications that treat the European integration process and related issues.

– проф. Е. Друмева, *Преюдициално запитване и от българския конституционен съд?*, стр.167–177;

– Б. Пунев, *От защита на националната конституция към защита на европейския правов ред (кратък преглед на юриспруденцията на Конституционния съд на Република България)*.

The issues that drew the attention of these authors – from the effective protection of the supremacy of the Constitution (Evgeni Tanchev), through the need to cooperate with the European judicial institutions in a legitimate constitutional environment (Emilia Droumeva) to the need to interpret the Constitution in terms of compliance, i.e. in the spirit of the Community law when the matter under consideration is governed by Community law (Blagovest Pounev), seen and conceived from the perspective of the Constitutional Court's jurisprudence, in my reading, reinforce the cogency of the argumentation concerning the specifics of evolving constitutionalism.

²⁶ CJEC, 12. 9. 2006, *Kingdom of Spain v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, C-145/04.

PROBLEMS OF THE REGULATION OF BULGARIAN CONSTITUTIONAL JUSTICE: A SUMMARY VIEW

Pencho Penev

For almost thirty years now, constitutional justice as dispensed by the Bulgarian Constitutional Court (CC) has been an integral and essential part of Bulgarian constitutionalism. During the specified period constitutional justice set its own shape, conquered the domain that had been attributed to it by the Constitution that was adopted in 1991, lived a full-blooded life and amassed solid experience. As elsewhere in Europe, the Bulgarian constitutional justice holds the important non-majority share of modern democracy. The Constitutional Court's non-majority legitimacy and relatively static condition (the long term in office for the CC members subject to a regular partial renewal of the composition following the quota principle) create the feeling of an entity that is monolithic and lasting. This may be ascribed, *inter alia*, to the fact that the paradigm of the majority-conferred empowerment over regular periods is not relevant here. In constitutional justice, the parameters of the Constitutional Court powers are statutorily fixed by the incorporation into the Constitution of the will of the supreme lawmaker – the Grand National Assembly as a constituent authority. Although a highly conservative category, due to the requirement and need for lasting and indisputable stability of the regulation, the constitutional matter relating to constitutional justice is also subject to change, supplementation and improvement. The questions are: Changes for what? Changes in what and how much? That is, the question is about the substance and the measure.

The outlines of Bulgarian constitutional justice are determined by two factors: the first and underlying factor is the statutory frame at the constitution and law level; the second, derivative but no less important factor is the Constitutional Court jurispru-

dence. The correlation of these two factors is crucial for the optimal function of any constitutional justice. Excessive regulation would be detrimental because it could impede the freedom to discuss and resolve a particular constitutional case, especially in the application of abstract constitutional texts. In principle, it is to the disadvantage of constitutional justice to establish a dogmatically rigid frame pertaining to details and particulars about the regulation of the constitutional process. In contrast, the non-existence of regulation or the existence of deficient regulation on basic issues, the constitutional process included, may lead to unfounded enthusiasm and to the redrafting of the Constitution.

By definition, constitutional jurisprudence is a source of constitutional law and constitutional justice as it stems from the universal binding and non-appealable decisions of the Constitutional Court. In the context of developing constitutional justice, which the Bulgarian constitutional justice is, undoubtedly, the constitutional jurisprudence is an important indicator of the state of statutory regulation. A careful analysis of the jurisprudence may suggest how to achieve the measure of the necessary and sufficient (but not excessive) regulation. This was one of the guiding ideas in the preparation of this paper.

There are three major components of constitutional justice regulation. The first component is the regulation of powers – they determine the aspect and characteristics of the Bulgarian constitutional justice. The second component is the regulation of the requesters – their optimal number and background, i.e. whether they belong to the public domain or whether they are actors whose mission is to protect citizens. The third major component of the regulation is related to the effect of the Constitutional Court acts – nature, situations of retroaction, remedial tools regarding the consequences of the effects of decisions in the future. Each of these three components will be closely examined in the section below.

I. Regulation of the Bulgarian Constitutional Court powers

1. In general

The regulation of the Constitutional Court powers is a constitutional matter; no authority of the Constitutional Court shall be vested or suspended by a law (Art. 149, para 2 of the Constitution). In principle, the Bulgarian Constitution provides for a well-built system of Constitutional Court powers. The explanation is that as a relatively young democratic constitution it was able to incorporate the useful and proven experience of the constitutional courts that already existed in Europe and that had amassed sound jurisprudence. Alongside, new country-specific powers were granted to the Bulgarian Constitution.

The Bulgarian Constitutional Court powers can be classified into three main groups:¹

The first group comprises the power to make interpretations: this power is unique and therefore specific. Of course, it is a statutory, not a case interpretation of the Constitution and that authority is listed in Art. 149, para 1, item 1 of the Constitution.

The second group comprises powers of judicial review on the statutory texts: rulings on the challenges to the constitutionality of the laws and other acts of the National Assembly, rulings on the compatibility between the Constitution and the international instruments concluded by the Republic of Bulgaria prior to their ratification, and on the compatibility of domestic laws with the universally recognized international law standards and with the international instruments to which Bulgaria is a party. This group comprises rulings on challenges to edicts of the President and to non-statutory decisions of the National Assembly, conditionally termed quasi-constitutional control.

The third group comprises the Constitutional Court's statutory powers, rulings on the proof and changes in the status of Constitution-named institutions or officials thereof: the legality of parliamentary elections, of the election of the President and

¹ For the detailed classification of the Bulgarian Constitutional Court powers see: **П. Пенев**, *Конституционно правосъдие*, С., Сиела, 1997, 67 ff.

Vice President or of the election of an individual Member of Parliament, the removal of a Member of Parliament for reasons of ineligibility, incompatibility or resignation, rulings on impeachments against the President or the Vice President, rulings on the Constitutional Court members' status.

The fourth group comprises powers to make sure that the interinstitutional and public political process in the State complies with the Constitution. These are the Constitutional Court powers to rule on competence suits between the National Assembly, the President and the Council of Ministers, and between the local authorities and the central government. This group comprises also the Constitutional Court power to rule on challenges to the constitutionality of political parties and associations.

As evident, the Bulgarian Constitutional Court is empowered for extensive judicial review to make sure that the actions, acts and statutes of the policymaking top-level public authorities and other major actors are consistent with the Constitution, so in fact the Constitutional Court sees that the key components of the overall public political life in the State is in harmony with the Constitution. The regulation of the Constitutional Court powers could be improved along the following lines:

2. The power to provide interpretations under Art. 149, para 1, item 1 of the Constitution

By its nature and scope the Bulgarian Constitutional Court power to provide interpretations is unique in the European context. What is implied is a quasi-statutory binding interpretation of the Constitution provisions to clarify their nature and scope. This interpretation differs from case interpretation, which is instrumental ad hoc interpretation in the application of a specific Constitution provision to settle a specific constitutional controversy. Statutory interpretation is the ad hoc prerogative that the Constitution vests in the Constitutional Court to make interpretations whose legal effect is close to that of the authentic interpretation that the makers of the Constitution entrusted to the controlling authority that they established. Both the benefits and dangers of the exercise of the interpretation power under Art. 149, para 1,

item 1 of the Constitution have been repeatedly emphasized in law writings. With no statutory regulation in place, the Constitutional Court, from its very outset, drawing on its jurisprudence, formulated the requirements that will sustain a request for interpretation in order to emphasize the extraordinary nature of this prerogative. In a summary, these three requirements are: there should be uncertainty about the substance or scope of the constitutional text; the interpretation should be intended to address a real existing constitutional problem (which shall not be subject to purely abstract interpretation); the requester for the interpretation should have a proven legal interest.

By exercising this power, the Constitutional Court settled very acute political disputes and had a balancing and soothing impact in times when political confrontation was strongly manifest and when the new democracy was toddling. Particularly productive in this sense were the rulings on requests for so-called pre-emptive interpretation, that is, when a request is made for the interpretation of a Constitution provision or of the correlation of Constitution provisions in order to push future legislation along the right path or when an important political action leans on the strict interpretation of the Constitution. Constitutional Case No. 7/2015 sounded alarm since it was for the first time ever since it was established that the Constitutional Court dismissed a request for pre-emptive interpretation. It is reassuring that the Constitutional Court's subsequent resolutions on whether a request is to be sustained or dismissed showed that it made a comeback to its normal *modus operandi* and again agreed to consider such requests. To preclude the recurrence of instances of hesitation and contradiction in the exercise of the power to provide interpretations under Art. 149, para 1, item 1 of the Constitution I think it is required that:

- The Constitutional Court Act (CCA) should incorporate a separate chapter on the Court's power to provide interpretations.

- The chapter as per the above bullet should prescribe the conditions to sustain a challenge. As I have noted, they have already been outlined by the Constitutional Court's jurisprudence. The chapter should enumerate the possible goals, including

pre-emptive interpretation and authentic interpretation for the direct application of the Constitution provisions.

– The chapter should treat the matter of the constitution of parties concerned and also of the gathering of possible evidence to support a historical, respectively explanatory interpretation of the construed Constitution provision or the correlation of provisions.

– At constitutional level, a resolution should be found for the effect of the Constitutional Court's interpretative decision. There is no reason why the effect of such a decision should be different from what the general theory of law postulates, viz. that the interpretative decision shall be retroactive as it specifies the meaning of the legal text all the way from its passage and thereafter as long as the law exists.

– The CCA chapter under consideration should provide for the possible impacts of a retroactive interpretative decision.

3. Dissonances in the regulation on the Constitution-guaranteed primacy of international law

The Constitution contains two provisions that directly pertain to the primacy of international law over the domestic (national) law. Art. 5, para 4 of the Constitution reads thus: "Any international instruments which have been ratified by the constitutionally established procedure, promulgated and come into force with respect to the Republic of Bulgaria, shall be considered part of the domestic legislation of the country. They shall supersede any domestic legislation stipulating otherwise." Further, Art. 149, para 1, item 4, clause two of the Constitution reads thus: [The Constitutional Court shall] "rule on the compatibility of domestic laws with the universally recognized norms of international law and the international instruments to which Bulgaria is a party."

The correlation of these two provisions raises a number of questions. The first and most important of these questions is: Who can apply the direct suspensory effect that Art. 5, para 4 of the Constitution provides for? Both theory and practice tend to

accept that it is the court that is hearing the case.² If this postulation is accepted unconditionally, then the text of Art. 140, para 1, item 4 of the Constitution will become almost pointless. However, in reality it is to be observed that the Constitutional Court has been continually approached with such a request. Such concurrent competence where it is the competence of the court that is hearing the case and the Constitutional Court's competence, and where the only difference lies in the scope of the binding effect of the decision, may cause serious dissonances. There is nothing to preclude that if the Constitutional Court was not approached and did not give a preliminary ruling, the court that is hearing the case will conclude that there exists a contradiction and refuse to apply the Bulgarian law. There exists no guarantee that the Constitutional Court will come up with a decision to the same effect if the matter is brought to it afterwards. On the other hand, the court cannot suspend proceedings to approach the Constitutional Court which is to hand down a binding decision to settle the dispute. How is this dissonance to be eliminated? I think that the court, which is hearing the case, could directly apply Art. 5, para 4 of the Constitution but only in the cases where the statutory provision and the international treaty clause treat an identical matter, i.e. when the hypotheses concur but the statutory law and the international treaty diverge. In this case the court that is hearing the case is to apply the international treaty clause which is made binding on the court by the direct effect of Art. 5, para 2 of the Constitution. In all other cases where the law detects any noncompliance with the principles, ideas or general regulation of an international treaty, the ruling on the noncompliance shall lie within the competence of the Constitutional Court. In such a situation, the court that is hearing the case must be vested with the power to approach the Constitutional Court. This will be treated in details in the next section of this paper. Also, it is necessary to save the Constitutional Court's exclusive competence to rule on the noncompliance of pieces of domestic legislation with universally recognized international law norms.

² See **Ж. Сталев**, *Проблеми на Конституцията и конституционното правосъдие*, С., Сиела 2002, стр. 45.

Moreover, since the Constitutional Court's competence is universal, the following question arises: once the court that is hearing the case has applied Art. 5, para 4 of the Constitution, will it be possible to bring the same matter to the Constitutional Court after the case is closed following a decision as appropriate? The Constitution does not set up any barrier (the court's decision does not have an *erga omnes* effect) to proceed with. However, how could the particular case stand to gain from the Constitutional Court's decision which will have an *ex nunc* effect whereas the Code of Civil Procedure (CCP) does not provide for reversal of judgment (a Constitutional Court's decision that ascertains the noncompliance of the applicable law with an international treaty). In general, all the regulation on the primacy of international law over domestic law needs serious adjustments and supplements.

4. Removal from office of the President or the Vice President for reasons of ineligibility or incompatibility

This is an evident gap in the Constitution: while the Constitution provides for an earlier termination of the tenure for reasons of ineligibility or incompatibility of the Members of Parliament or of the Constitutional Court Justices, it sets requirements of eligibility and compatibility for the President and Vice President but does not explicate the consequences if these are not met. It is essential to incorporate into the Constitution an explicit text about the earlier termination by the Constitutional Court of the term of the President or the Vice President upon the ascertainment of ineligibility or incompatibility. Until this gap is filled in Art. 103 of the Constitution might be a palliative tool. However, it should be recalled that when the procedure under Art. 103 is applied, it is not unlikely to fail to enlist the support of the qualified majority needed to proceed with the impeachment and thus the tenure will be saved. A clearly worded and unambiguous provision should be incorporated into the Constitution to the effect that upon the ascertainment of ineligibility or incompatibility, the Constitutional Court shall have the unconditional authority to terminate the President's or the Vice President's term.

5. Improvements of Constitutional Court Act texts that provide for the valid reasons for Constitutional Court action

What is meant is the constitutional proceedings as a system of rules of procedure that are to be abided by in the filing, hearing and ruling on a constitutional case as the Constitutional Court exercises its powers. Most of these rules are codified in the Constitutional Court Act (CCA) and a smaller part is to be found in the Rules on the Organization and Activities of the Constitutional Court.

The CCA contains provisions that unjustly restrict access to constitutional justice. The first restriction is imposed by Art. 17, para 3 CCA: "Motions for settling disputes concerning competence envisaged in Art. 149, para 1, item 3 of the Constitution shall be made only after discussion as to the subject of the dispute between the respective interested institutions." The Constitution does not set any such requirement, therefore, the first question to be asked is whether it is compliant with the Constitution and whether it makes it excessively difficult to exercise this power. The first difficulty that this legal text creates is the waste of time. The parties should contact and negotiate and, if they do not come to terms, they may approach the Constitutional Court. It is quite likely that the suit of competence may press for a speedy action. Secondly, there might be cases where discord will escalate rather than subside. Thirdly, with the requirement that local authorities negotiate with the central government, the idea that this should protect and guarantee local self-government performance is largely rendered meaningless for it is clear which player will dominate in such negotiations and how much it will be a level playing field. And finally, the fourth point is the risk that the uninterested institution might pretend that it negotiates while in fact it protracts without any good reason and even thwarts the materialization of the constitutional possibility under Art. 149, para 1, item 3 of the Constitution. For all reasons mentioned here this provision should be abolished.

The second provision that adversely affects access to constitutional justice is Art. 21 para 5 CCA – when the Constitutional

Court has ruled with a decision or with a resolution on the dismissal of a request, further requests on the same matter may not be filed. The substance of this provision covers too many hypotheses that cannot and should not be treated in an identical way. Thus, it appears that Art. 21, para 5 CCA precludes reapplication when: the request has been granted (sustained); the request has been dismissed on its merits; the request has been dismissed because of the failure to reach a majority; the request has been judged to fall beyond the Constitutional Court's competence and dismissed accordingly; the request has been dismissed in the absence of a legitimate requester; the request has been dismissed on grounds of the expiration of the time limit within which the requester should have acted on the Constitutional Court's instructions to add precision to the subject matter of the request.

Six possible hypotheses are advanced and just one consequence is provided for: the preclusion to bring again the same matter to the Constitutional Court. I will discuss some of these hypotheses – the ones that, in my view, must necessarily be subject to a separate and different regulation of the consequences:

I think it is problematic to invoke Art. 21 para 1 CCA if the claim is dismissed on account of the required absolute majority of seven votes “for” to sustain it. Moreover, often the decision “dismissed” results from “six vs five” or “six vs four” votes over the admittance on merits. This exacerbates the feeling of regulatory deficiency and injustice. In such assumed cases, the preclusion of reapplication that brings up the same matter is an excessive sanction that is binding on the requester in the particular case and, in addition, on all others who would venture to reopen a constitutional dispute on the same challenge. Meanwhile the controversy persists as do the negatives that it breeds: action is denied to future claimants who may have their own and, presumably, stronger reasons to bring up the matter again; if the law is really bad, it continues to produce bad effects; a reaction in the event of a subsequent change in the economic or social sector is thwarted, and the assumption of unconstitutionality is further fueled.

I think it would be reasonable in such cases to give an unconditional opportunity to all other entities under Art. 150 of the

Constitution to be able to reapply and give their own reasons and legal arguments – the inclusion of another requester is an indication of a real problem so let the Constitutional Court have the opportunity to make again an analysis of the unconstitutionality claimed taking into account the new proofs thereto. The right to approach the Constitutional Court with a new challenge concerning the same matter should not be denied to the original claimant but after a certain period, for instance not earlier than the lapse of one year. The dismissal owing to the absence of absolute majority does not settle the dispute on its merits and does not have the force of *res judicata* on the constitutional case to put up a real legal impediment to reapproach the Constitutional Court. From a purely practical perspective, I would add that the Constitutional Court's dismissals because of the absence of an absolute majority to hand down a valid decision are relatively few but very essential. Virtually, all decisions that are handed down by a thin rather than by an overwhelming majority concern challenges that implicate the exercise of the citizens' fundamental rights and freedoms. Hence, the increasingly important need to reconsider the existing legislation and to seek solutions that are more flexible.

It is necessary to incorporate a separate provision to supplement Art. 21 CCA to read explicitly that a challenge dismissed on grounds of noncompliance with the Constitutional Court's instructions or on grounds of an irremovable fault of the requester shall not preclude the option of re-initiation by lodging a new request about the same matter.

Finally, there exist powers to which Art. 2 para 5 CCA is, in principle, inapplicable on account of their specifics. For instance, upon the dismissal of a request that a party or an association be declared unconstitutional, the matter of the resumed request remains the same, however, the request should not be seen as inadmissible if it reports that after the Constitutional Court pronounced its dismissal, the party or the association went into unconstitutional actions.

In conclusion, Art. 21, para 5 CCA should cease to exist in the eclectic generalized form as it is and should be supplemented by all specific hypotheses that are to receive adequate and fair treatment.

II. Regulation concerning the entities that are entitled to approach the Constitutional Court

1. In general

The number and nature of the requesters are fundamental to the effectiveness of constitutional justice. This is so as when the Constitutional Court cannot take action upon its own initiative, they are the crucial go-between for the Constitution and the act or action that are subject to judicial review for compliance with the Constitution. The requesters initiate the constitutional proceedings and bring thereunto the legal arguments and considerations on which the Constitutional Court gathers evidence and hands down its verdict. Thinking in general terms about the nature of the requesters with both general and special competence, which is the subject matter of Art. 150 of the Constitution, the following major characteristics may be noted.

First, the majority of the requesters are executives or facilitators of political power. This is understandable since the essential part of the constitutional review concerns the status, acts and actions of public authority. The entitlement of the Constitution-established high-level public authorities to approach the Constitutional Court with matters concerning their compliance with the Constitution in a functioning system of separation of powers is a strong guarantee that no unsanctioned violation of the Constitution will be endured. It should also be mentioned that the requirement to approach the Constitutional Court is a clear indication of recognition of and submission to the Constitutional Court's jurisdiction and reasserts the Court's legitimacy.

The second characteristics of the requesters as per the Bulgarian Constitution is that they are chosen so as to cover effectively the entire thematic gamut of possible judicial review by the Constitutional Court. The right of one fifth of the MPs to approach the Constitutional Court ensures the protection of the minority against unconstitutional action of the majority, including in the field of legislation. The public law domain is protected against unconstitutional action as the Constitutional Court can be approached by the Council of Ministers, the President, the Supreme

Court of Cassation (SCC), the Supreme Administrative Court (SAC) and the Prosecutor General. Municipal councils are free to institute suits of competence. The sensitive and important matter of Constitution-extended protection of the fundamental rights and freedoms draws on the activities of the Supreme Bar Council and the Ombudsman and on the avenue afforded to the SCC and SAC juries to challenge applicable law as unconstitutional. The group of MPs, the President and the Prosecutor General who should not be indifferent to matters of fundamental rights is to be added to these. Despite the mentioned essential and thematic diversity of the requesters, it is commonly agreed that, compared to the other European countries, access to the Bulgarian Constitutional Court is restricted. The difference is mainly in that the Bulgarian Constitution does not provide for an individual complaint nor does it provide for an avenue to be afforded to courts of any rank to approach the Constitutional Court directly whenever they identify the unconstitutionality of the piece of legislation that is applicable to the particular case that they are hearing. Such further enlargement of the circle of entitled requesters will bring constitutional justice closer to the Bulgarian citizens.

2. The Bulgarian courts' competence to approach the Constitutional Court

The idea that the right to approach the Constitutional Court with a challenge to the constitutionality of applicable law should be enjoyed by all courts, in addition to the SCC and SAC juries, has been broadly debated in theory for a long time. The opponents to this idea put forward a number of major practical concerns:

– Conditions are created where treatment will be discriminatory, i.e. a different progress of the proceedings that deal with a similar matter and are subject to identically applicable law. Action will be dismissed in one case while the rest will progress and might be closed before the Constitutional Court pronounces its decision to revoke the law.

– Conditions are created where there will be calculated adjournment of hearings when the challenges to the Constitutional Court are abused and, furthermore, the resolution of the court

cannot be subject to review as it is about compliance with the Constitution and therefore, a matter that lies beyond the competence of the court of appeal.

I think these concerns can be rationally calmed down:

First, with regard to the discriminatory treatment of other pending cases, subject to identically applicable law, the problem should be considered to have been solved following the amendment to the Code of Civil Procedure of 2017. It is the provision of Art. 280, para 1, item 2 which reads that subject to a cassation appellate review shall be appellate review judgements wherein the court has pronounced on an issue that is in conflict with instruments of the Constitutional Court.

Second, with regard to the possibility of calculated adjournment of hearings and protraction of proceedings, such a risk does exist since the court's resolution to adjourn a case pending the Constitutional Court's pronouncement, is not subject to review. However, if this is an overriding concern, the question arises immediately: Is the court discredited in domestic law application as against the entitlement to be advised by the Court of Justice of the European Union (CJEU) headquartered in Luxembourg on the compliance of applicable law by the submission of a request for a preliminary ruling?

Third, the persistent abuse of this right is unlikely to occur given the new forms of case progress check concerning the Inspectorate and subject of the Judiciary Act. As a rule, mistrust towards the Bulgarian court is not a manifestation of creative statecraft.

Fourth, the freedom of the court, regardless of its rank, to reflect on constitutionality issues and to communicate directly with the Constitutional Court to that effect will, no doubt, contribute to nurture a new far more active and productive attitude on the part of the court to the Constitution as the living applicable law.

Fifth, finally it should be added that the courts' avenue to the Constitutional Court to which they bring a challenge to the constitutionality of applicable law is a common European practice that has been accepted by nearly all states of the so-called new democracies of which Bulgaria is one. The right to approach the

Constitutional Court is enjoyed by all courts, regardless of their rank, in Poland, Czechia, Hungary, Slovakia and Slovenia.³

The Bulgarian courts should be empowered to approach the Constitutional Court whenever applicable law conflicts with international treaties to which Bulgaria is a party and with universally recognized international law standards. In the preceding section, it was discussed in greater detail why this is necessary.

3. Complementation of the competence of the Supreme Bar Council and the Ombudsman to approach the Constitutional Court

What is intended is to codify the right of the Supreme Bar Council (SBC) and the Ombudsman to challenge applicable law, which they (i.e. the SBC and the Ombudsman) deem noncompliant with an international treaty to which Bulgaria is a party or with universally recognized international law standards. There exists no valid legal reason to separate the two sets of hypotheses – noncompliance with the Constitution and noncompliance with international law. The intention of the Constitution maker must be consistent and unambiguous: both are to achieve the same result which is the revocation of the noncompliant legal text. The antagonism of the two sets of hypotheses in terms of the possibilities for initiation and the restriction of the competence of initiation of the Supreme Bar Council and the Ombudsman raises doubts as to the impartial application of the Constitution-enshrined principle of the primacy of international law over the domestic law, comparable to the ascertainment of the noncompliance of a piece of legislation with the Constitution.

The empowerment of the Supreme Bar Council and the Ombudsman should accommodate the possibility to challenge the constitutionality of the National Assembly's statutory decisions that adversely affect citizens' rights and freedoms. This is what the statutory nature and effect of both types of legislation (the laws and statutory decisions of the National Assembly) require.

³ See **М. Карагъзова-Финкова**, *Конституционните юрисдикции в новите демокрации от Европейския съюз*, С., Софи-Ер, 2009 г., 63 ff.

4. Complementation of the competence of municipal councils to approach the Constitutional Court

Art. 150, paras 1 and 2 of the Constitution lists the entities that are entitled to approach the Constitutional Court with a challenge to constitutionality. Municipal councils are not among the entitled entities even if the competence that has been assigned unconstitutionally by a law infringes on local self-government. A municipal council should enjoy such a right for even stronger reasons as the Constitution entitles it to institute a suit of competence that affects interests less than an unconstitutional regulation that directly deprives of a power. A telling example from the Constitutional Court's jurisprudence may be given – Constitutional Case No. 7/2009. The Constitutional Court was approached by the Sofia Municipal Council, which brought a suit of competence against the Council of Ministers. The matter involved was a Council of Ministers decision to introduce in the National Assembly a Waste Management Bill. The Sofia Municipal Council perceived the cabinet's move as an attempted usurpation of a function that is inherent to local authorities. The Constitutional Court decided in favor of the Municipal Council acting upon the assumption that waste management is one of the elements that make up an essential part of public affairs for local self-government. Supposing that in one way or another, the cabinet's proposed bill was successfully railroaded through the Legislature. The Municipal Council would have been unable to react against the enactment and thus would have been stripped of any remedy as it is not authorized to approach the Constitutional Court to ask it to check for compliance with the Constitution while it has no valid reason to institute a suit of competence since, by virtue of the law adopted, the competent authority shall be the Council of Ministers.

A municipal council should obtain a status to entitle it to challenge the constitutionality of a piece of legislation that affects the interests of local self-government. It is inexcusable that in such cases the municipal council is to invoke or depend on the grace of any of the individuals or institutions that are enumerated in Art. 150, para 1 of the Constitution, the more so that the problems of local self-government are aloof from many of these entities and sometime are even incompatible with their remit.

5. Institution of a negative suit of competence with the Constitutional Court

A negative suit of competence implies an assumption where the competence exists and directly or indirectly is codified but the “owner” is not defined in a sufficiently firm and clear way while none of the several possible titleholders is willing to exercise the competence. The reasons for this reluctance can vary from the belief that this does not fit into the “job description” of the institution concerned to pragmatic rationale, for example, by reason of the need for significant efforts that take time, management resources or additional financing. In a state committed to the rule of law it is inadmissible to refuse to exercise a competence, especially when this impacts important rights or interests of individual citizens or of a group of citizens nationally or regionally.

A future amendment to the Constitution should empower the Ombudsman and the Supreme Bar Council to approach the Constitutional Court and institute a negative suit of competence whenever citizens’ fundamental rights and interests are infringed on. So far, there has been no negative suit of competence, instituted and resolved, in the Constitutional Court’s jurisprudence. The explanation is the inexistence of adequate legislation. It would be appropriate for a future amendment to the CCA to accommodate specially this assumption and to treat the cases that come under it, the implications of the decision and suchlike.

6. Individual Constitutional Complaint

The debate about the introduction of the Individual Constitutional Complaint (ICC) in the Constitution is perhaps the oldest one in Bulgarian constitutional justice. A great number of high-profile discussions were held about that matter by the Civil Convent for Amendments to the Bulgarian Constitution, organized by the Open Society Foundation in 2005, by the journal “Legal Barometer” when its issue # 7 was launched in 2013, by the Union of Jurists in Bulgaria at its round table in 2014. As regards the introduction of the ICC, constitutional law celebrities like Prof. E. Tanchev, Prof. E. Droumeva, Prof. S. Nacheva, Prof. M. Karagyozyova-Finkova, Prof. M. Zlatareva, the Constitution-

al Court Justices D. Gochev and A. Arabadjiev, the human rights lawyers I. Grozev and M. Ekimdjiev, have treated the matter in multiple publications on various occasions. In 2013, I proposed that the ICC be introduced into the Bulgarian Constitution⁴ and I am still behind my proposal. For the limitation of space for this paper, my presentation of the proposal will be as succinct as possible. I believe that the materialization of the idea will eliminate the problem associated with the Constitution-enshrined model of independence of the Judiciary of which the Constitutional Court is not a part.

Each Bulgarian citizen should be empowered to approach the Constitutional Court with an ICC providing he/she proves his/her direct interest that unconstitutionality is exposed and usually the complainer will be a party to a pending legal dispute. The empowerment should extend also to closed cases; however, the challenge to the constitutionality of the applicable law then must be time-bound – for example, the complaint should be lodged within a year reckoned from the date of the decision's entry into force. The reasons are for the sake of legal certainty. If unconstitutionality is proved within this period, all the codes of procedure (the Code of Civil Procedure/CCP, the Code of Administrative Procedure/CAP, the Criminal Procedure Code/CPC) should read that this shall be grounds to reopen the proceedings. So far, there is nothing problematic because the Constitutional Court will act within the framework of its powers. The Constitutional Court will not step into the conventional courts' jurisdiction; while the conventional courts apply the existing law, it is only the Constitutional Court that can rule on its constitutionality. There will be a combination of the two competences entirely to the advantage of the citizens. We should add to these two hypotheses the possibility to resort to an ICC to challenge the constitutionality of a piece of legislation that precludes judicial review for acts of the Executive branch of power. The point is clear: there is no conflict with the Constitution-proclaimed principle of the independence of the Judiciary, so I will not delve into a more detailed reflection.

⁴ See **П. Пенев** в: *Нормативни и практически очертания на българското конституционно правосъдие*, С., Светулка 44, 2013 г., 226 ff.

However, I believe that beyond these three indisputable hypotheses, the Constitutional Court may be empowered to examine the constitutionality of the procedural actions that impacted the court's final act. The Constitutional Court may engage with this in two cases: in case of violation of the right to a fair trial; and in case of violation of the right to an effective remedy. These grounds will be consistent with Article 6 and Article 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In these two groups of hypotheses, the Constitutional Court will seem to perform as a court of "fourth" instance but only for the sake of appearance and mere procedure. The Constitutional Court will not be a court of "fourth" instance on the virtuality and in the resolution of a substantive justiciable dispute; the Constitutional Court will not eliminate the court's inner conviction and revise the decision. The Constitutional Court will operate strictly within its Constitution-recognized competence that is to protect the citizens against violations of the right to a remedy and to a fair trial as proclaimed by the Constitution (and also by international conventions). The effect of the Constitutional Court's intervention in such cases will be solely to reopen the proceedings, i.e. dispensation of justice continues to be a competence of the Bulgarian court, which will pronounce the final judgment upon merits.

For reasons of legal certainty, in these cases alike the right of a party to approach the Constitutional Court should be time-bound: it is normal to set a time limit between six and twelve months reckoned from the date on which the final decision was rendered.

All above-stated thoughts can be substantiated by the interpretation of the following texts from the Constitution: Art. 4 (the principles of the state committed to the rule of law), Art. 117, para 1 (the priority of the judicial defense of the rights of all citizens), Art. 121, para 1 (the obligation of the courts to ensure an equal and adversary trial to the parties) and Art. 56 (every citizen shall have the right to legal defense and the right to be accompanied by legal counsel [when appearing before an agency of the State]). Who if not the Constitutional Court should see

that these Constitution-proclaimed principles are abided by? On what grounds would these principles be inapplicable to the acts of the courts as well, since it is a matter of constitutional control on the respect for Constitution-guaranteed rights and not of the settlement of a legal dispute on merits, a matter for which only the courts have jurisdiction and whose jurisdiction is not hurt at all in such cases. It may be argued that review is sufficient in this area alike and that the Constitutional Court's interference is inappropriate and upsets the paradigm of the independent Judiciary. How ungrounded this objection is becomes clear if we ask ourselves: Supposing it was the highest court that pronounces the final verdict where the requirement for a fair trial and for the right to legal counsel was disregarded?

Such a postulation about the extent of the ICC will not only solidify the Constitutional Court's interference in the extension of additional constitutional protection of the citizens with respect to their rights, but will make the protection more comfortable and efficient compared to the cumbersome and slow proceedings with the European Court of Human Rights.

III. On the effect of Constitutional Court acts

This is the third major component of constitutional justice regulation. This component has received the least of treatment in the Constitution and in the corpus juris. A number of difficulties in the Constitutional Court's jurisprudence issued therefrom. The Constitutional Court's decision on Constitutional Case No. 5/2019 and on Constitutional Case No. 12/2019 that were joined is looked forward to. Questions that are important for constitutional justice arise: What is the field of application of Art. 151, para 2 of the Constitution? Will the provision be valid when the Constitutional Court exercises powers other than the establishment of the unconstitutionality of a piece of legislation? Is it possible for certain Constitutional Court's decisions to be retroactive, in particular the decisions that provide interpretations of the Constitution under its Art. 149, para 1, item 1? Will there be corrective action vis-à-vis the hypothesis of a Constitutional Court's decision that repeals an unconstitutional amendment

or supplement to a law, the so-called re-enactment? There is no doubt that the Constitutional Court's expected decision will have a strong impact on the numerous problems in the enforcement of the Constitutional Court's acts. The decision is likely to provide further justification for a future amendment to the Constitution. This is the reason why I do not go into a very detailed treatment here. I will just dwell on some current questions about the effect of the Constitutional Court's decision that pronounces a piece of legislation unconstitutional. The first question is about the justification for amendments to the Constitution to provide for the retroaction of certain Constitutional Court's decisions. The second question is about the situations where there will be so-called re-enactment of a Constitutional Court's decision upon the conclusion that the piece of legislation brought to the Court is not compliant with the Constitution. The third question is about the improvement of the remedy that the CCA provides for to address the legal impacts that issued from the application of a law that was declared unconstitutional.

On the first question, it is necessary to incorporate into the Constitution a text to empower the Constitutional Court to rule retroactively when the piece of legislation that is dissonant with the Constitution infringes on Constitution-enshrined rights and freedoms of citizens. This should be the only possible hypothesis of retroaction. To extend the retroactive effect in other cases (such as are provided for in the constitutions of some European countries) is, in my view, inconsistent with the nature and the mission of constitutional justice as set out in the Bulgarian Constitution. That should not step into the domain of the Legislature.

On the second question, the Constitution should provide for the re-enactment of a Constitutional Court's decision that declares unconstitutional a law that revokes or amends a law in force. Moreover, it is necessary to specify the situations where the re-enactment will occur: for example, upon the introduction of a requirement that the re-enacted provision should not be unconstitutional and it should fit into the legal system and conform with it, i.e. the existing legal order should need it and accept it.

On the third question, it is necessary to develop, at the law level, the idea laid down in Art. 22, para 4 CCA – viz. that the legal consequences of the acts that have been declared unconstitutional shall be resolved by the authority which has issued the act. To this end, a mechanism should be put in place, for example, to initiate proceedings to verify the harmful effects and the proceedings should involve citizens, institutions and legal entities concerned, and deadlines should be set to the Legislature for the preparation and adoption of remedies or compensatory measures. While I have no hesitation that this is a matter that can be subject to regulation in a law rather than in the Constitution, I doubt that the CCA, in its current form, could accommodate such obligations to be fulfilled by the National Assembly for the CCA's content is limited by Art. 152 of the Constitution which reads that the organization and the manner of proceedings of the Constitutional Court shall be established by a law. With regard to that, some 30 years after the adoption of the Constitution of 1991 I would like to reopen the debate about the incorporation of so-called organic laws into the Constitution of the Republic of Bulgaria. I believe that the CCA should acquire exactly such a status. I have no doubts about the benefits of the passage of legislation that will treat in detail the constitutional matter and that will contain provisions to be adopted by a qualified majority. I am convinced that the introduction of the organic law category will strengthen the responsibility of the Legislature and thereby the sustainability and efficiency of all legislation. In addition to the Constitutional Court Act, the organic law status should be conferred on the Election Code, the Statutory Instruments Act, the National Audit Office Act and the Bulgarian National Bank Act.

As evident from this paper, there is quite a number of problematic issues regarding the regulation of Bulgarian constitutional justice. It is necessary to prepare a comprehensive draft for regulatory changes both at the constitution and at the law level.

At the constitution level: several more powers of the Constitutional Court should be provided for; the competence of some of the entities that the Constitution empowers to approach the Constitutional Court should be enlarged; new entities should be

empowered and the Individual Constitutional Complaint should be introduced; the regulation on the enforcement of the Constitutional Court's decisions should be improved and conformed to the specifics of each of the powers that Art. 149 of the Constitution provides for.

At the law level it is necessary to improve the regulation on the constitutional proceedings: factors needed to sustain a challenge and proceed with it; specifics in the examination of certain cases; elimination of cumbersome requirements for a challenge to be sustained; the installation of a mechanism to undo damage caused by the enforcement of an act that the Constitutional Court has declared unconstitutional. It is needed to consider an overall redraft of the CCA, which is to achieve an organic law status.

Finally, it should be reminded that well-regulated constitutional justice guarantees a well-functioning democratic state that is committed to the rule of law.

LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT DU TRAVAIL

Vassil Mrachkov

I.

1. La constitutionnalisation est un problème nouveau du droit du travail en vigueur. Il fait partie du problème général de la constitutionalisation du droit actuel. Dans les pays de l'Europe cette question a surgi après la fin de la Seconde guerre mondiale avec l'adoption des nouvelles Constitutions : en Italie – en 1947, en Allemagne – en 1949, en France – en 1946 et en 1958 ; pendant les années 70 du siècle passé – dans les Constitutions de l'Espagne, du Portugal, de la Grèce et d'autres pays. Il s'agit de la création de l'Etat de droit, de la proclamation des droits de l'homme et de la dignité de la personne comme un principe suprême, de la création des cours constitutionnelles qui assurent la suprématie de la Constitution. Dès la fin de l'année 1989, avec la dissolution de la communauté des pays socialistes, ce chemin a été suivi par les états de l'Europe Centrale et l'Europe de l'Est. La Bulgarie a fait son choix européen d'une manière catégorique et irréversible, avec les changements politiques de l'année 1989, et l'a confirmé avec l'adoption, en date du 12 juillet 1991, de sa nouvelle Constitution.

2. La constitutionnalisation du droit actuel a été « découverte » et définie pendant les années quatre-vingt du siècle passé, par la doctrine française¹.

¹ **F. Luchaire**, *Le Conseil Constitutionnel*, – in: *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gerard Lyon – Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 99-100 ; **H. Roussillon**, *Le Conseil Constitutionnel*, 5-eme éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 50-69 ; **D. Maus**, *Ou en est le Droit Constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 87-89.

Cette notion a traversé vite les études et les publications internationales². Elle a été remarquée, de même, dans la littérature juridique bulgare³.

3. La constitutionnalisation du droit est une notion juridique. Ce n'est pas un fait isolé ou d'une longueur déterminée, mais un processus constant et ininterrompu, au cours duquel les lois adoptées se conforment à la Constitution et reçoivent son contenu et son esprit. Sous la notion de « Constitution » on comprend le contenu complet, son préambule, les principes fondamentaux, tous ses chapitres qui suivent, y compris les dispositions transitoires et finales, enrichis de la jurisprudence constitutionnelle. Ce processus fait partie du développement évolutif du droit. Les bases du droit se trouvent dans la Constitution et c'est de la Constitution qu'on puise ses prescriptions et son esprit.

Il ne faut pas confondre la constitutionnalisation du droit avec la constitutionnalisation des droits subjectifs. Les deux notions son proches, mais différentes. Elles ne sont pas des synonymes. Chacune d'elles possède son propre contenu. Le commun c'est que les deux notions se rapportent à la Constitution, mais d'une manière différente et dans un sens différent. Tout cela leur donne un contenu différent comme notions juridiques.

La « constitutionnalisation du droit » se rapporte à la constitutionnalisation du droit objectif. Sa colonne vertébrale est composée des lois qui, y compris la Constitution, dirigent l'Etat de droit, sur la base de l'article 4, alinéa 1, phrase 2 de la Constitution. Ce sont les actes normatifs, adoptés par l'Assemblée natio-

² **Al. Egorov**, *Making Social Security constitutional right*, – in: Europe: The Right to Social Security in the Constitutions of the World: Broadening the moral and legal space for Security justice, ILO, Geneva, 2016, p. xv-xii; **M. Wujczuk**, *The constitutionalisation of social security rights, as way to a social justice*, op. cit., p. 1-7; **E. Chemla**, *The French Social Security System*, op. cit., p. 61-71; **Eb. Eichenhofer**, *The Right to Social Security in the German Constitution*, op. cit., p. 72-79, etc.

³ **N. Nenovski**, *La Constitution : Questions actuelles de la théorie et de la pratique*, Edition Sibi, 2002, p. 7-8, 11-25; **Sn. Nacheva**, *La civilisation constitutionnelle et le constitutionnalisme bulgare*. Première partie, 2004, p. 117-119; **V. Mrachkov**, *Droit du travail*, deuxième édition, Edition Sibi, 1998, p. 7778; 3. édition, 2001, p. 86-87, ...10^{ème} édition, 2018, p. 83-85.

nale d'une façon primaire ou à la base de la Constitution (article 3, alinéa 2 de la Loi des actes normatifs et les articles 8, 62, alinéa 1 et article 84, point 1 de la Constitution), afin de réglementer les rapports sociaux substantiels. Ces actes forment « le noyau essentiel » du système judiciaire bulgare. Selon l'article 74 de la Constitution, l'Assemblée nationale s'est transformée à un organe permanent qui est le seul organe législatif. Le nombre actuel des lois a brusquement augmenté et, vers le mois d'août 2019, elles sont environ au nombre de 370.

La « constitutionnalisation des droits subjectifs » c'est la réglementation dans la Constitution de ces droits, ce qui leurs donne le caractère de droits fondamentaux (constitutionnels). Ces droits sont de base non parce qu'ils se trouvent dans la Constitution. Ils sont réglés par la Constitution justement puisqu'ils se rapportent aux intérêts vitaux des citoyens. Leur constitutionnalisation se trouve surtout dans le Chapitre II « Droits et obligations essentiels des citoyens » (articles 25 à 26 de la Constitution) et, de même, dans d'autres parties de la Constitution (le paragraphe 3 du préambule, les articles 6, 12, 13, 17, 117, alinéa 1, article 120, alinéa 2, article 122 et d'autres)⁴.

La différenciation entre le droit objectif et le droit subjectif exprime la multiplicité du droit⁵. Dans la Constitution et, en général, dans le droit bulgare en vigueur, la dichotomie du droit, en droit objectif et droit subjectif, est bien connue, bien que le mot « *pravo/npavo* » soit traduit seulement comme « droit ». Dans le contexte utilisé on peut facilement distinguer le sens utilisé -

⁴ **M. Mihailova**, *Droit objectif et subjectif* dans « *Annuaire de l'Université de Sofia* », 1963, livre 2, p. 297315; **N. Nenovski**, *Droit de la personne dans la Constitution, Questions principales*, - dans : *Droits fondamentaux de l'homme et du citoyen*, Edition Albatross, S, 1998, p. 9 -23, **V. Mrachkov**, *Droit subjectif et droits subjectifs de travail*, Editions Sibi, S., 2017, p. 88-93, **N. Kisselova**, *Droits politiques des citoyens bulgares*, Editions Siela, S., 2017, p. 133-144, **du même auteur** : « *La deuxième génération* » des droits fondamentaux sociaux de l'homme dans la Constitution de la République de Bulgarie, - dans : *Les problèmes actuels du droit du travail et du droit social*, volume X, Bibliothèque universitaire « Saint Clément d'Ohrid », S., 2018, p. 35-51.

⁵ **M. Mihailova**, *Civilisation des droits de l'homme*, Bibliothèque universitaire « Saint Clément d'Ohrid », S., 2009, p. 60-62.

droit objectif ou droit subjectif. Je vais donner quelques exemples. L'article 5, alinéa 4, phrase 1 de la Constitution stipule que « Les contrats internationaux, ratifiés selon la procédure constitutionnelle, promulgués et entrés en vigueur en Bulgarie, constituent une partie intégrante du **droit interne** » (je souligne les derniers mots). Le contenu de la notion « droit interne » c'est le droit objectif du pays. Dans le même sens, la notion de « droit » est utilisée dans l'article 46, alinéa 1 de la Loi des actes normatifs : « Les dispositions des actes normatifs s'appliquent selon leur sens exacte mais, si elles ne sont pas claires, on les interprète dans le sens qui correspond le plus aux autres dispositions de l'acte, au but de l'acte interprété et aux principes fondamentaux du droit de la République de Bulgarie ». Pour faire la différence avec les exemples donnés, concernant le droit objectif, il y a d'autres exemples dans la Constitution où la notion « droit » est utilisée dans le sens de droit subjectif. Par exemple : dans l'article 35 alinéa 1, phrase 1 de la Constitution : « Chaque citoyen a le droit de choisir sa résidence, de circuler sur le territoire du pays et de le quitter ». Il y a beaucoup d'autres exemples : article 27, alinéa 1, article 30, alinéas 1, 4 et 5 ; article 48, alinéas 1 et 5 et d'autres. La différenciation entre le droit objectif et le droit subjectif est connue dans la doctrine juridique française⁶.

5. L'objet du présent article c'est la constitutionnalisation du droit du travail objectif de la République de Bulgarie, commencée à temps et effectuée sur la base de deux questions préalables :

a) L'adoption de la nouvelle Constitution - « une loi suprême à laquelle les autres lois ne peuvent pas contrarier » (article 5, alinéa 1 de la Constitution). La définition de la Constitution comme « loi suprême » a un double sens. D'une part, cela signifie que la Constitution est une loi – un acte normatif, adopté par l'Assemblée Nationale. D'autre part, la Constitution est une loi avec une puissance suprême, une loi au-dessus des autres lois. C'est de cette qualité qu'il en découle l'impératif que « les autres lois ne

⁶ Dans la doctrine française la distinction entre le droit objectif et le droit subjectif s'exprime par l'orthographe : le droit objectif « Droit » s'écrit avec une lettre D majuscule, le droit subjectif « droit » est en lettres minuscules (Al. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 71-83).

peuvent pas lui contrarier ». Cette partie de l'article 5, alinéa 1 de la Constitution adresse implicitement vers l'Assemblée Nationale la prescription d'adopter seulement des lois qui correspondent au sens et à l'esprit de la Constitution.

b) La Constitution en vigueur, étant loi suprême, contient des droits subjectifs fondamentaux tels que : le droit au travail (article 48 alinéa 1), la liberté de choisir sa profession et son lieu du travail, la défense du travail forcé et d'autres droits constitutionnels comme éléments du droit général au travail. Ils sont énumérés explicitement dans l'article 48, alinéa 5 de la Constitution : la santé et la sécurité au travail, le salaire minimum et le salaire, selon le travail effectué, le droit au repos (journalier, quotidien, hebdomadaire ; le repos pendant les jours fériés), le droit aux différents types de congés (le congé de base et le congé supplémentaire, le congé-formation, le congé sabbatique, le congé maladie, le congé maternité, etc.). Toutes ces sortes de repos et de congés disposent d'une défense constitutionnelle, étant des droits fondamentaux au travail⁷.

c) Il faut y ajouter encore trois groupes de valeurs constitutionnelles : a) la garantie et la défense du droit au travail par la loi (article 16 de la Constitution); b) les droits collectifs au travail – le droit à s'associer pour la défense des intérêts des travailleurs et des employés (article 49, alinéa 1 de la Constitution) le droits des employeurs à s'associer pour protéger leurs propres droits, le droit à la grève des employés pour défendre leurs droits économiques et sociaux (article 50 de la Constitution); c) la protection spéciale, de la part de l'Etat et de la société, de la maternité (article 47 de la Constitution) ; la protection des personnes handicapées et leur insertion professionnelle (article 48, alinéa 2 de la Constitution).

6. La révision attentive du catalogue des droits fondamentaux, réglés par la Constitution (voir ci-dessus le point 5) nous conduit à deux conclusions importantes :

a) Leur nombre s'est élargi, par rapport aux droits constitutionnels dans les Constitutions précédentes. Parmi les droits figurent des droits nouveaux comme : le droit de s'associer (article 49, alinéas 1 et 2 de la Constitution), le droit de grève (article 50

de la Constitution) et, généralement, les droits collectifs, la liberté de travailler (article 48, alinéas 3 et 4) etc. La Constitution en vigueur régit les questions essentielles dans le domaine des relations de travail, déterminant cette branche du droit et, de cette façon, elle constitutionnalise le droit du travail.

b) Le règlement constitutionnel englobe les droits les plus importants, directement liés au travail. Ils forment un noyau compact des droits des citoyens. Le lien c'est l'activité lucrative salariée. Les personnes physiques seulement sont des sujets de droit. Ce sont des droits publics : c'est l'Etat qui a assumé la responsabilité pour la réalisation de ces droits. Pour les citoyens qui travaillent - c'est le moment le plus actif de leur vie où ils jouissent de leurs droits et exécutent leurs obligations dans les relations de travail. Les droits au travail sont liés et réalisés en collaboration avec d'autres droits constitutionnels : les droits d'assurance sociale, selon l'article 51 et l'article 52, alinéas 1 et 2 de la Constitution, le droit de santé et de la sécurité au travail, le droit à la vie - article 28 de la Constitution, le droit de fonder des syndicats et de s'y affilier - article 12 de la Constitution, le droit de choisir librement son avenir professionnel, le droit à l'éducation, selon l'article 53 de la Constitution. Entre les droits au travail et les autres droits constitutionnels il y en a des liens différents, déterminés par la nature du bien défendu et de sa valeur juridique spécifique. Il y en a une concurrence entre tous ces droits fondamentaux, selon leur signification dans la vie des citoyens. La Cour constitutionnelle a eu l'occasion de se prononcer, par exemple, sur la question qu'en cas de concurrence entre le droit au salaire, selon l'article 48, alinéa 5 de la Constitution et le droit de la sécurité sociale, selon l'article 51 alinéa 1, paragraphe 1 de la Constitution, le droit à la rémunération a une priorité puisque c'est une condition de l'existence biologiques des citoyens (décision n° 14 du 23 novembre 2000, affaire constitutionnelle n° 12/ 2000) etc.⁷

⁷ N. Nenovski, *La Constitution : Problèmes actuels*, recueil, p. 60-70, lorsqu'il écrit : « ...quoi qu'on fasse il n'est pas possible de contourner d'idée de la hiérarchisation des valeurs constitutionnelles, au cours de leur interprétation, qui est inséparable de leur application ; cette idée est immanente de

7. Une spécificité importante des Constitutions et des droits fondamentaux de la Constitution actuelle bulgare, en particulier les droits au travail, c'est la réglementation « partagée » entre des normes de la Constitution et des lois.⁸ « Réglementation partagée » puisque les textes de la Constitution « débordent » et « s'infiltrent » dans les textes des lois. Dans certains cas, lorsque le sens du texte constitutionnel est clair et évident, selon la langue bulgare généralement utilisée (article 9, alinéa 1 de la Loi des actes normatifs), ce texte est reproduit dans la loi. Les normes constitutionnelles possèdent un haut niveau d'abstraction ; laconiques d'habitude, elles ont un contenu compressé, avec un large périmètre de relations sociales régulées. D'après la logique formelle, plus la notion est généralisée, plus elle est d'une large portée et d'un contenu riche.⁹ Cela se rapporte pleinement à la réglementation constitutionnelle actuelle des droits fondamentaux des citoyens (articles 25 à 27 de la Constitution) et, en particularité, aux droits au travail. Pour déployer leur contenu, les comprendre et faciliter leur compréhension et leur application, il est nécessaire que le législateur constitutionnel délègue au législateur ordinaire – l'Assemblée Nationale – le droit de régler, par une loi, les conditions et les exigences selon lesquelles la loi soit appliquée. Les normes constitutionnelles laconiques deviennent ainsi opérationnelles, pour leur application par les organes compétents d'Etat : les organes administratifs, les tribunaux, le parquet, les juges d'instruction. L'Assemblée Nationale, sur la base de l'article 8 et 62, alinéa 1 de la Constitution, possède la compétence, à son initiative et selon l'esprit de la Constitution, de créer une loi. Dans le domaine des droits au travail on trouve des exemples d'une telle collaboration, entre le législateur constitutionnel et l'Assemblée Nationale, dans les articles 48, alinéa 5, article 50, alinéa 2 de la Constitution et dans d'autres textes. L'article 49 de la Constitution ne contient pas une délégation concer-

la Constitution, quoi qu'elle n'établisse pas expressément une hiérarchie des valeurs ».

⁸ P. Penev, L'avocat, la Constitution et le droit applicable, Edition Faber, S., 2018, p. 28-29.

⁹ V. Stefanov, Logique, Edition universitaire « Saint Clément d'Ohrid », S., 1998, p. 32-49.

nant le droit des salariés de créer un syndicat et de s'y affilier, pour la défense de leurs intérêts dans le domaine du travail, la sécurité sociale et l'aide sociale. Il existe, cependant, une législation considérable dans ces domaines : (articles 4 et 5 de la Constitution, respectivement le Code de sécurité sociale, La loi de l'aide des personnes handicapées etc.).

Dans l'article 48, alinéa 1, la Constitution définit le droit général du travail et dans l'article 48, alinéa 5 indique les droits au travail concrets, en déléguant au législateur ordinaire de régler l'ordre et les conditions selon lesquels ces droits seront exercés. Cette régulation partagée est fructueuse pour l'influence mutuelle des normes constitutionnelles et les normes des lois. Le législateur ordinaire est obligé de s'appuyer strictement à la norme constitutionnelle donnée afin que la loi soit conforme à la Constitution (le contraire est défendu par l'article 5, alinéa 1, paragraphe 2 de la Constitution).

8. Dès le début des changements politiques en Bulgarie, commencés à la date du 10 novembre 1989, l'Assemblée Nationale a entrepris son travail pour effectuer des modifications profondes de la législation existante. Ils consistaient en préparation de la procédure de révision de la Constitution et des amendements des lois, dans différents secteurs de la vie - des tâches qui reflétaient l'orientation européenne de l'Etat, son adhésion à l'OTAN et à ses valeurs, accomplies vers la fin du mois d'avril 1990. Le Conseil d'Etat - un organe constitutionnel « pour présidence collective » a été supprimé et l'institut du Président de la République a été instauré. L'Assemblée Nationale, siégeant en sessions, est devenu le seul organe législatif permanent de l'Etat qui, jusqu'au 4 avril 1990, moins de cinq mois, a effectué un travail législatif considérable. Il y a eu des révisions radicales dans la Constitution de 1971, en vigueur, tels que : le pouvoir dirigeant du Parti Communiste Bulgare a été supprimé, le pluralisme politique a été restauré, l'activité des anciens partis politiques a été de reprise. La propriété privée sur la terre, sur les banques privées, les usines, les fabriques, les compagnies d'assurance qui avait été nationalisées en 1947, a été restaurée de même. Certains de ces changements sont entrés en vigueur plus tard et selon la nouvelle Constitution,

adoptée en 1991. Des lois emblématiques ont été adoptées : La Loi de vote pour une Grande Assemblée Nationale (sur la base de laquelle les premiers scrutins libres ont eu lieu, à la date du 10 et du 17 juin 1990, pour l'adoption d'une nouvelle Constitution du pays), La loi des réunions, des rassemblements et des manifestations, La loi des noms des citoyens bulgares ; La Loi du règlement des différends collectifs, qui suivait les standards démocratiques universels des Conventions N°87 et N°98 de l'Organisation internationale du travail (promulguée le 13 mars 1990 et entrée en vigueur le 17 mars la même année). La Loi du règlement des différends collectifs, amendée plus tard à plusieurs reprises, a reconnu pour la première fois dans l'histoire du pays le droit de grève pour la défense des intérêts économiques et sociaux des travailleurs¹⁰.

9. Après l'adoption de la nouvelle Constitution, à la date du 12 juillet 1991, par la VIIème Grande Assemblée Nationale, entrée en vigueur le même jour, l'activité législative intensive a continué jusqu'à la fin de son mandat – le 4 octobre 1991 – avec l'adoption des lois indispensables pour l'application de la Constitutions : La loi de la Cour Constitutionnelle, la Loi du Conseil suprême de la magistrature et l'élection des premières compositions de ces organes¹¹.

L'activité législative a continué, influencée par l'adoption de la nouvelle Constitution et la direction de rapprochement de la législation bulgare avec le droit européen, les actes de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Les droits au travail, objet spécial du présent article, ont subi des changements. A la date du 10 décembre 1992, l'Assemblée Nationale a entrepris des modifications importantes du Code du Travail et a supprimé les dispositions qui ne correspondaient pas à la nouvelle Constitution et aux changements économiques, politiques et sociaux profonds. Des instituts, totalement nouveaux, ont été créés dans le domaine du droit du travail : la collaboration tripartite, la convention collective, l'examen des affaires par les tribunaux civils et sur la base de la procédure civile, le contrôle complet confié à l'Inspection de

¹⁰ N. Ananieva, *La constitution de 1991 et la révolution inachevée*, Edition universitaire « Saint Clément d'Ohrid », S, 2014, p. 47-99.

¹¹ La même référence, p. 100-413.

travail d'Etat et autres. Tous ces changements ont transformé le droit national de travail sur le chemin européen, et sont entrés en vigueur à la date du 1^{er} janvier 1993. Cette ligne législative a continué par les amendements suivants – ceux du mois de mars 2001, concernant le développement des dispositions de la loi sur les questions des consultations tripartites, les conventions collectives, les droits des travailleurs d'être informés et consultés et de participer dans la gestion de l'entreprise. Des restrictions ont été adoptées, concernant la conclusion des contrats à durée déterminée, les heures supplémentaires du travail et l'imposition de la part de l'employeur des mesures de chômage partiel pour des raisons économiques. En 2000, la Charte Européenne sociale du Conseil de l'Europe a été ratifiée, après des informations et des consultations avec les représentants des salariés et les organisations syndicales. Une grande partie de cet élan de changements venaient de l'Union Européenne, et de l'exécutif, dans la période de 1995 à 2006, de l'Accord d'adhésion de la Bulgarie à l'Union Européenne, de la transposition des directives dans le droit national et de la jurisprudence de la Cour de justice. A la date du 1^{er} janvier 2007, à cause de ces changements, la Bulgarie est devenue membre de l'Union Européenne. Le processus évolutif a continué avec la transposition du droit européen dans le droit interne, dans le domaine du droit du travail, notamment avec l'implémentation des formes souples d'embauche (le travail à temps partiel, le travail à temps prolongé ; la création des conditions supplémentaires liées : au travail à domicile, au travail à distance et au travail temporaire).

Des problèmes et des difficultés ont surgi, au cours de l'adoption des nouvelles lois du travail : les lois de l'embauche au travail, de la santé et la sécurité du travail, des garanties des créances des travailleurs. Il y a eu des changements précipités dans la législation comme l'abrogation, en 2015, de l'article 328 alinéa 1, point 10 du Code du travail, lié à l'acquisition du droit à la retraite, et la restauration de ce texte en 2018. Il y a eu une certaine déstabilisation dans la législation et des contrariétés internes dans la loi. La qualité de la législation s'est empirée à

cause de la non-conformité du processus législatif à la Loi des actes normatifs.

Néanmoins, la tendance générale montrait la création d'un système de lois solide, créé sur la base de la Constitution de 1991, présumées constitutionnelles, sauf une décision contraire rendue par la Cour constitutionnelle. Ce système forme « le premier **bloc de constitutionnalité** »¹² des droits au travail des citoyens bulgares, édifié pendant les trente dernières années de transition vers une société démocratique et vers une économie de marché. La définition « bloc » est liée à sa structure complexe et compacte, à l'union stable de ses éléments.

La présence des différents droits subjectifs dans le deuxième chapitre de la Constitution (articles 25 à 57) le nombre augmente des **droits au travail fondamentaux** (voir points 5 et 7 ci-dessus) souligne une tendance générale dans les constitutions contemporaines – leur **normativité** – la présence d'un plus grand nombre de textes s'agissant au procès législatif, l'adoption de différentes lois, sur la base de la Constitution (articles 84 et 85 de la Constitution). La Constitution bulgare en vigueur en est un exemple ce qui est souligné dans la doctrine bulgare¹³.

¹² Ici l'expression « bloc de constitutionnalité » est prise de la doctrine juridique française qui examine le problème en détail. Son auteur est le célèbre juriste et constitutionnaliste français Luis Favoreux (1936-2004), qui, vers la fin du siècle passé, a fait la conclusion de l'infiltration de la Constitution dans le droit du travail (**F. Luchaire**, *Le Conseil Constitutionnel*, – dans : Les transformations du Droit du travail. Etudes offertes à Gerard Lyon-Caen. Paris, Dalloz, 1989, p. 97-101 ; **D. Maus**, *Ou en est le Droit constitutionnel ?* – dans : Mouvements du Droit public. Mélanges offerts en honneur de Frank Moderne. Paris, Dalloz, 2004, p. 713-717 ; **H. Roussillon**, *Le Conseil Constitutionnel*, 5ed., Paris, Dalloz, 2004, p. 50-69.

¹³ **B. Spassov**, *Etude de la Constitution*, édition 2, S., 1994, p. 12-33 ; **N. Nenovski**, *La Constitution de la République de Bulgarie*, annotée, S., 2001 ; **St. Stoichev**, *Droit constitutionnel*, édition 5, S., 2002, p. 77-83 ; **Evg. Tanchev**, *Introduction dans le droit constitutionnel*, S., 2001, p. 150-182, **Sn. Nacheva**, *Civilisation constitutionnelle et le constitutionalisme bulgare*, S., 2004, p. 44-83 ; **Em. Droumeva**, *Droit Constitutionnel*, édition 2, 2013, p. 115-119 ; **M. Karaguosova-Finkova**, *Justice constitutionnelle et la défense des droits fondamentaux dans le contexte de la sécurité nationale dans le monde contemporain*, – dans : *La défense des droits fondamentaux dans le contexte de la sécurité nationale dans le monde contemporain. Le rôle des juridictions constitu-*

10. Le bloc constitutionnel pour la défense des droits des citoyens, y compris leurs droits au travail, possède une deuxième particularité : leur défense constitutionnelle s'effectue par un organe d'Etat spécial – la Cour constitutionnelle. Cette « **découverte juridique** » de Hans Kelsen, dans la période entre les deux guerres mondiales, a trouvé une vaste application, pendant la deuxième moitié du XX siècle, dans les états européens démocratiques. La formule du contrôle de la constitutionnalité par l'organe ayant adopté les lois, pratiquée de la fin du XIX siècle jusqu'à la première moitié du XX siècle, a été abandonnée à cause de son inefficacité. Le constitutionnalisme bulgare a parcouru ce long chemin (article 49 de la Constitution de Tirnovo, article 25 de la Constitution de 1947, article 85 de la Constitution de 1971). Sur la base de l'expérience du passé et celle des Etats européens, la Constitution de 1991 a créé la Cour constitutionnelle, comme un organe supérieur d'Etat pour la sauvegarde de la suprématie de la Constitution « à laquelle les autres lois ne peuvent pas contrarier (article 5, alinéa 1 ; articles 147 à 152 de la Constitution). Dans les dernières vingt-huit années, c'est, sans doute, un des plus grands succès du constitutionnalisme bulgare, une « révolution dans le droit constitutionnel »¹⁴ qui répond aux nécessités de la société.

11. Dans le point 10 nous avons parlé du bloc constitutionnel pour la défense des droits des citoyens. L'exercice du contrôle constitutionnel au nom de la suprématie de la Constitution par la Cour constitutionnelle exprime et confirme sa juridictionnalisation, à savoir, l'instauration de justice constitutionnelle pour le respect de la Constitution. Par la création de la Cour constitutionnelle, la Constitution est devenue une loi défendue par un organe situé en dehors du système judiciaire (chapitre six de la

tionnelles, édition de l'Académie bulgare des sciences « Prof. Marin Drinov », S., 2017, p. 228-229, 232.

¹⁴ L'expression provient de prof. Nenovski (*Justice constitutionnelle – un défi au raisonnement traditionnel bulgare*, recueil La Cour constitutionnelle et l'effet juridique de ses décisions, Editions Sibi, S., 1996, p. 41, aussi p. 41-64), du même auteur : *La décision n°22 du 31 octobre 1995 de la Cour constitutionnelle*, le recueil cité, p. 87 ; *La Constitution : Questions actuelles*, le recueil cité, p.14.

Constitution)¹⁵ et c'est un tribunal indépendant qui confirme la suprématie de la Constitution. La constitution est appliquée par voie judiciaire et le droit constitutionnel est juridictionnel, c'est-à-dire devient un droit applicable susceptible d'être judiciairement justifié¹⁶. Cet organe se prononce sur les requêtes, tendant à établir l'inconstitutionnalité des actes législatifs. La saisine de la Cour constitutionnelle peut être effectuée seulement par des autorités définies dans la Constitution : la plupart sont les organes d'Etat de haut niveau, prévus dans l'article 150 alinéas 1, 2 et 3 de la Constitution et seulement un parmi eux – le Conseil suprême des avocats – est une autorité non étatique (article 150, alinéa 4 de la Constitution). La base juridique, sur laquelle ces autorités peuvent saisir la Cour constitutionnelle, est strictement définie dans l'article 149, alinéa 1, points 1 à 9 de la Constitution, et ne peut être ni élargie, ni limitée par une loi (article 149, alinéa 2 de la Constitution). La procédure, devant la Cour constitutionnelle, est établie dans la Constitution, la Loi sur la Cour constitutionnelle, le Règlement de l'application de la Loi sur la Cour constitutionnelle¹⁷.

12. La Cour constitutionnelle dispose d'une compétence vaste et variée (article 149, alinéa 1, points 1 à 8 de la Constitution) : nous pouvons commencer par l'interprétation contraignante de la Constitution, jusqu'à statuer sur l'incapacité du Président de remplir ses fonctions ; en partant de la compétence d'établir l'inconstitutionnalité des actes normatif, jusqu'à la réglementation des conflits de compétence entre l'Assemblée na-

¹⁵ En français et en anglais (justiciabilité ; justiciability).

¹⁶ « Justifier judiciairement » et « judiciairement justifiable » sont synonymes de « juridictionnalisation ». Je les préfère à la « juridictionnalisation », non seulement parce que ces termes sont plus courts, mais surtout parce qu'ils semblent plus adéquats en bulgare. Ces dernières années, les expressions bulgarisées « justiciabilité » et « justiciability » ont été imposées sous l'influence du français et de l'anglais, qui semblent moins claires que mot bulgare « justifiable ».

¹⁷ **J. Stalev**, *La force des décisions de la Cour constitutionnelle qui déclarent l'inconstitutionnalité d'une loi*, – dans : *La Cour constitutionnelle et l'effet juridique de ses décisions*, recueil, p. 9-40 ; P. Penev, *Contours normatifs et pratiques de la jurisprudence constitutionnelle bulgare*, Editions Svetulka -44, S., 2013, p. 38-45-49.

tionale, le Président et le Conseil des ministres, entre les organes des pouvoirs locaux et les organes de l'exécutif central etc. En effet, c'est le contenu complet de la Constitution. C'est pourquoi la Constitution, avec son effet juridique direct, est un droit vivant et effectif.¹⁸ Quelle que soit la base juridique pour saisir la Cour constitutionnelle selon l'article 149 alinéa 1 de la Constitution, l'essentiel, dans la compétence de la Cour, c'est de veiller à la suprématie de la Constitution et à défendre les droits de dignité et de sécurité de la personne comme des principes fondamentaux. C'est fort difficile d'englober la richesse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle – elle comprend environ 390 décisions et, parmi eux, environ 75 décisions interprétant la Constitution. C'est la cause pour laquelle le présent exposé se concentre sur la constitutionnalisation du droit du travail, à travers la défense des droits des travailleurs.

II.

13. La constitutionnalisation du droit du travail est tirée du contenu de la Constitution en vigueur. Elle s'effectue à des niveaux différents :

– dans le Préambule de la Constitution ;

– dans le chapitre Ier « Principes fondamentaux » (articles 1 à 24), le chapitre II « Droits et responsabilités des citoyens » (articles 25 à 57) et le chapitre VIII « Cour constitutionnelle » (articles 147 à 152). Ces réglementations sont liées systématiquement, suivent l'une après l'autre et seront analysées ensemble, selon l'objet du présent exposé, ayant en vue les décisions de la Cour constitutionnelle concernant les droits au travail, prononcées jusqu'à la fin de l'année 2018, promulguées dans le Journal officiel et entrées en vigueur.

14. Dans le préambule, comme une partie préliminaire de la Constitution, sont résumés les principes fondamentaux, les valeurs et les messages du législateur constitutionnel, développés plus tard dans les chapitres et les dispositions de la Constitution. Pour la constitutionnalisation du droit du travail, trois groupes de ces principes sont pertinents :

¹⁸ J. Stalev, Op. cit., recueil cité, p. 14-25.

– les valeurs universelles, telles que : la liberté, la paix, l’humanisme, l’égalité, la justice et la tolérance (paragraphe 2 du préambule) ;

– les principes suprêmes établis : des droits de l’homme, de la dignité et de la sécurité de l’individu (paragraphe 2) ;

– la décision des députés de la VIIème Assemblée nationale de créer un Etat de droit démocratique et social (paragraphe 5).

15. Ces grandes lignes sont formulées avec un ton solennel, correspondant à la situation et portant la sagesse des treize siècles passés de la création de l’Etat Bulgare, avec tous ses moments de gloire et de défaite. Chaque essai d’analyse va échouer, puisque le contenu authentique est beaucoup plus riche, mais il faut démontrer les liens avec l’exposé suivant.

a) La Constitution proclame son dévouement aux valeurs humaines universelles, les cite et les transforme en valeurs constitutionnelles, tout en soulignant qu’elle va les suivre et les respecter ;

b) La Constitution en vigueur de 1991, comme il a déjà été mentionné, (voir le point 5) n’utilise pas souvent le mot « suprême » pour en éviter l’usure. Ici le mot est utilisé justement pour souligner son attachement aux principes des droits fondamentaux qui conviennent bien aux droits du travailleur - Sisyphe éternel.

c) Par les trois aspects de l’Etat - l’Etat démocratique, l’Etat de droit, l’Etat social qui se complètent et expriment l’essence de sa triple nature, l’Etat va servir les citoyens, pour lesquels et au profit desquels il a été créé. Ils se complètent, se pénètrent et chacun continue d’exister dans les deux autres. Dans leur totalité et leur interaction, ils sont les plus proches des citoyens et de l’image humaine de l’État. Il est vrai que le texte de l’exposé qui suit fera plus souvent référence à l’État de droit et à l’État providence. Mais ce n’est pas parce que l’Etat démocratique est négligé ou sous-estimé, c’est parce qu’il est suggéré que seulement l’Etat démocratique pourrait être un Etat de droit et un Etat social et l’apparence humaine de l’État, c’est quand il est à la fois démocratique, juridique et social.

16. Le préambule est une partie de la Constitution et les valeurs qui y sont proclamées se déploient sur toute la Constitution.

Ces valeurs se rapportent aux droits des travailleurs. Le préambule proclame les valeurs (telles que l'Etat de droit, l'Etat social, le principe de justice) et la Cour constitutionnelle s'appuie sur ces valeurs surtout pour donner des arguments complémentaires et subsidiaires dans les motifs, statuant pour ou contre la constitutionnalité des dispositions légales contestées. Cependant, à mon avis, le préambule est rarement utilisé dans la jurisprudence de la Cour (décision n°21 du 15 juillet 1998, affaire constitutionnelle n°18/1997 ; décision n°12 du 11 novembre 2010, affaire constitutionnelle n°15/2010). Cette réticence de la Cour constitutionnelle s'explique par le fait que l'inconstitutionnalité des textes des lois est liée à leur non-conformité avec les dispositions de la Constitution et pas seulement avec les principes proclamés dans le préambule. C'est sur cette base qu'on fait la conclusion, que les principes et les valeurs du préambule ne peuvent constituer un objet d'interprétation normative, sur la base de l'article 149 alinéa 1, point 1 de la Constitution. « *Le préambule ne peut être soumis lui seul à une interprétation (normative – article 149, alinéa 1, p.1 de la Constitution – la remarque est à moi – V. Marchrov), puisqu'il n'a pas de caractère normatif. Le préambule représente l'idéologie de la Constitution, c'est un facteur et un pilier important dans le processus d'interprétation ce qui a été souligné dans beaucoup de décisions de la Cour constitutionnelle* »¹⁹.

17. Moi, je ne partage pas l'opinion exposée ci-dessus.

Dans le catalogue de la jurisprudence d'interprétation de la Cour constitutionnelle, pour la période de 1991 à 2018, rédigé avec soin par l'auteur (P. Penev), une œuvre scientifique fort utile, comportant 59 décisions d'interprétation de la Constitution, je n'ai pas trouvé une telle décision²⁰. Mais ce n'est pas l'essentiel. L'important c'est que je partage l'opinion de l'auteur, que les prérogatives de la Cour constitutionnelle de donner des interprétations contraignantes de la Constitution, sur la base de l'article 149, alinéa 1, p.1 de la Constitution, sont des prérogatives très fortes, mais aussi risquées, du point de vue des difficultés rencontrées ; de même elles expriment la haute confiance en la

¹⁹ P. Penev, *L'Avocat, la Constitution et le droit applicable*, recueil cité, p. 57.

²⁰ P. Penev, *Op. cit.*, p. 9-12, 80-150.

Constitution et en la Cour constitutionnelle.²¹ Telle est l'opinion des autres auteurs en la matière²².

Je partage aussi l'opinion que la Cour doit être attentive dans la qualification de chaque infraction comme contraire à l'Etat de droit (décision n°1 du 27 janvier 2005, affaire constitutionnelle n°8 de 2004 ; décision n°14 du 23 novembre 2000, affaire constitutionnelle n°12/2000 ; décision n°6 du 10 mai 2005, affaire constitutionnelle n°1/2013).

18. Je trouve l'opinion de professeur Nenovski beaucoup plus proche du contenu et du but de la Constitution en vigueur. D'après lui : « Le préambule est, pour des raisons générales, un texte constitutionnel. Sans qu'il comporte des dispositions concrètes, il possède un effet non seulement juridique, mais direct. Possédant des idées qui **obligent** l'organe qui interprète et applique la Constitution (l'auteur a souligné le mot), il n'est point privé d'effet normatif. L'esprit de la Constitution est concentré en lui. »²³

En soutien de cette opinion, je vais ajouter des arguments supplémentaires. Le préambule est séparé, par ses créateurs, de l'autre texte de la Constitution. Lorsqu'on lit le préambule tranquillement, on voit les différentes parties, les différents paragraphes, dans le but d'exprimer les valeurs humaines et de les faire propres à la Constitution (paragraphe 2). Les créateurs de la Constitution ont exprimé leur volonté décisive (paragraphe 3) de « créer un Etat démocratique, de droit et social » ; le texte suit une gradation cartésienne de style « crescendo » comme moyen

²¹ P. Penev, Op. cit., p. 56-57.

²² N. Nenovski, *Les droits de la personne dans la Constitution de 1991. Principes généraux.* – dans : *Les droits de l'homme et du citoyen* (compilateur Evg. Tanchev), Editions Albatross, S., 1998, p. 16-17.

²³ B. Spassov, *La Cour constitutionnelle*, Editions Sibi, S., p. 75-119, 1998 ; N. Nenovski, *Droit de l'homme et la Constitution de 1991*, article cité, p. 16-17, Em. Droumeva, *Le droit constitutionnel*, recueil cité, p. 594598. Je crois que prof. Nenovski partage la même opinion puisque dans son livre : *La Constitution de la République de Bulgarie*, annotée avec la jurisprudence d'interprétation de la Cour constitutionnelle, Editions Sibi, 2001, p. 8 : « D'ailleurs, pour l'interprétation comme une activité analytique mentale, les interprétations de la Constitution (interprétations normatives et par cas) il est important de souligner qu'elles s'agissent du sens du texte et non pas de sa structure en articles, alinéas ou points ».

d'atteindre le but ultime – la création d'un «État démocratique, État de droit et État social» moderne avec l'intention discrète de réussir à enfermer son contenu normatif dans les 169 articles – tel a été le nombre des textes de la Constitution de Tirnovo, adopté le 16 avril 1879, après la libération de la Bulgarie du joug ottoman. Le préambule, lu d'un seul souffle, porte les signes d'un **algorithme**, composé dans le but de résoudre une tâche historique – la création d'un état moderne des citoyens bulgares. Cet algorithme juridique du préambule et ses parties composantes est susceptible de constituer une base légale de l'évaluation de la constitutionnalité d'une loi (article 149, alinéa 1, p.2 de la Constitution) ou dans la procédure d'interprétation de la Constitution (article 149, alinéa 1, p. 1 de la Constitution).

Le dernier argument de nature juridiquement dogmatique, mais certainement pas le moindre : en bulgare la forme grammaticale avec l'article défini du mot « la Constitution » signifie toute la Constitution – le texte intégral. Le préambule en est une partie. Le législateur ne divise pas le contenu verbal de la Constitution en textes non normatifs et normatifs. Une telle « séparation » est contraire à la règle d'interprétation, provenant du droit romain : *Ubi lex non distinguit, iudex non distinguere potest* » (La, où la loi ne fait pas une séparation, le juge (qui applique la loi) ne peut pas la faire).

D'ailleurs, je trouve que le préambule de la Constitution doit être compris et appliqué avec tout son potentiel, tant pour motiver la constitutionnalité, respectivement, l'inconstitutionnalité des lois (article 149, alinéa 1, p .2 de la Constitution), que pour interpréter la Constitution (article 149, alinéa 1, p.1 de la Constitution - interprétation normative et selon le cas concret) lorsque la procédure est engagée devant la Cour constitutionnelle. Le potentiel juridique du préambule pourrait être utilisé pour « la croissance » de la Constitution²⁴.

²⁴ L'opinion de l'interprétation obligatoire du Préambule de la Constitution est partagée par prof. **Boris Spassov** (*La Cour constitutionnelle*, recueil cité, p. 85-86) et par **prof. Droumeva** (*Droit constitutionnel*, recueil, p. 596-597) et par d'autres auteurs.

Dans un certain nombre de ses décisions, en pratique, la Cour constitutionnelle examine les principes de la sécurité juridique, le principe de l'équité et d'autres valeurs constitutionnelles, pour se prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois, sur la base de l'article 149, alinéa 1, p. 2 de la Constitution (décision n°21 du 15 juillet 1998 dans l'affaire constitutionnelle 18/1997, décision n°1 du 27 janvier 2005 dans l'affaire constitutionnelle n° 8/2004 et d'autres).

19. Dans le chapitre I « Principes fondamentaux » de la Constitution se trouve l'article 16, selon lequel « Le travail est garanti et défendu par la loi ». Ce texte laconique possède un contenu riche et profond qui n'a pas été suffisamment utilisé pour l'interprétation (voir ci-dessus n°20-24).

Ce texte de la Constitution se situe parmi les valeurs constitutionnelles de plus haut niveau. Le travail – c'est la source de revenu des travailleurs comme source de vie normale de leurs familles. Le texte tient en compte le développement de la société comme une condition primordiale – la prospérité, la stabilité de l'Etat, sinon la Constitution n'aurait pas donné de garantie.

20. « Garantir le travail » signifie la sécurité, la stabilité dans le travail, dans la réalisation des droits et des obligations entre les salariés et les employeurs, et surtout, la possibilité d'effectuer un travail, la création des conditions d'un emploi. La garantie du travail ne pourrait pas être réalisée, sans le rôle actif de l'Etat et surtout de l'Etat social. C'est l'Etat qui crée des conditions favorables à travers le développement de l'économie, la création d'emplois, l'amélioration des conditions de travail.

« La défense du travail » c'est la protection contre la détérioration des conditions de travail, contre les restrictions des droits du travailleur et aussi les mesures de sauvegarde prises. La défense du travail – c'est la défense de la personne, selon le caractère du contrat – contrat de travail, contrat administratif, dans le domaine de la fonction publique ; et aussi – stimuler le travail des entrepreneurs et des personnes exerçant une profession libérale.

21. La Constitution délègue à la loi la défense du travail. « La loi » c'est le symbole de l'Etat, puisque c'est seulement l'Etat qui, selon le principe de la séparation des pouvoirs, crée des lois

par ses organes compétents, et par ses organes exécutifs et judiciaires prend des mesures pour le respect de la loi.

Cette délégation de la part de la Constitution révèle encore un aspect important du rôle de l'Etat dans l'exécution de ses obligations, selon l'article 16 de la Constitution. La loi, étant un régulateur des rapports sociaux, crée dans le domaine du travail des droits et des obligations différentes, du point de vue des mesures de leur exécution. C'est pourquoi la tâche déléguée à la loi, sur la base de l'article 16 de la Constitution, de créer des garanties du travail et la défense du travail, est une tâche complexe et possède des aspects différents.

22. La notion du travail, selon l'article 16 de la Constitution, a une large portée et un contenu riche en tant que concept constitutionnel. Cette notion comprend toute l'activité psychique et physique humaine utile. Elle englobe toutes les formes du travail, nonobstant des types de propriété (publique ou privée), des conditions du travail, des branches économiques, des sphères d'activité, des types des relations : contrats de travail, service public, professions libérales : avocats ingénieurs, architectes, comptables, commerçants, artistes. La notion du « travail » dans la Constitution au sens de l'art. 16 est la notion la plus large de l'activité humaine utile ; sur cette activité s'applique le principe de la garantie et de la défense du travail des citoyens de la République de Bulgarie.

23. L'article 16 de la Constitution est la norme constitutionnelle la plus générale pour la valeur constitutionnelle du travail et pour la constitutionnalisation du droit du travail. Chaque droit principal, réglementé dans le chapitre II de la Constitution, trouve ses racines dans l'article 16 et représente sa continuation. La violation des droits de l'homme est une violation de la Constitution qui détermine le travail comme une valeur constitutionnelle. Une telle violation, dans une disposition légale, peut entraîner une requête, sur la base de l'article 149, alinéa 1, point 2 de la Constitution, tendant à établir son inconstitutionnalité.

Ce n'est pas un motif complémentaire ou subsidiaire à l'article 16 de la Constitution mais une base juridique de premier rang, dans la procédure tendant à établir l'inconstitutionnalité

d'une loi. Ce n'est pas un moyen subsidiaire par rapport à l'article 48, alinéa 1 de la Constitution, cité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (décision n°12 du 25 septembre 1997, affaire constitutionnelle n°6/1997 ; décision n°3 du 13 avril 2006, affaire constitutionnelle n°4/2006, décision n°12 du 11 novembre 2010, affaire constitutionnelle n° 15 /2010 ; décision n° 7 du 19 juin 2012, affaire constitutionnelle n°2/2012, décision n°5 du 12 mai 2016, affaire constitutionnelle n°2/2016 et d'autres). La référence à l'article 16 de la Constitution, dans la procédure tendant à établir l'inconstitutionnalité d'une loi, est un moyen beaucoup plus fort puisqu'il est lié à un droit fondamental, selon le chapitre I de la Constitution. Il a le même rang comme les principes fondamentaux tels que : le droit à la propriété (article 17 de la Constitution), le pluralisme politique (article 11 de la Constitution), le droit de s'associer (article 12 de la Constitution). Son potentiel riche, d'être utilisé pour les besoins de l'interprétation de la législation, mérite une attention plus grande et un usage plus intensif dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle - il y en a de tels cas (décision n°5 du 18 février 1997, affaire constitutionnelle n° 25/1996 ; décision n° 7 du 21 juin 2016, affaire constitutionnelle n°8/2015 etc.).

24. L'expression la plus frappante et la plus concentrée de la constitutionnalisation du droit du travail et des droits des travailleurs constitue un noyau spécifique de droits au travail dans le chapitre II, nommé « Droits et obligations fondamentaux des citoyens » (les articles 25 à 57 de la Constitution). C'est une continuation de l'article 16 de la Constitution (voir plus haut les points 19 à 23). De l'idée constitutionnelle suprême de « garantir et protéger le travail par la loi », le législateur constitutionnel a séparé un groupe de droits subjectifs fondamentaux des citoyens, qui sont le plus directement liés à son application réelle, lorsque le travail est « pris » dans sa forme de manifestation la plus active. Elle comprend les dispositions des articles 48 à 50. La réglementation juridique est compacte, définissant le droit général au travail (article 48, alinéas 1 à 4 de la Constitution), les différents droits des travailleurs sont énumérés : la santé et la sécurité au travail, le salaire minimal garanti, le salaire correspondant au

travail accompli, les repos et les congés selon les conditions prévues dans la loi (article 48 alinéa 5). Le cadre juridique continue systématiquement avec la liberté des salariés et des employeurs de s'associer, afin de défendre leurs intérêts spécifiques (article 48, alinéas 1 et 2 de la Constitution). Ce groupe de droits au travail finit par le droit de grève, dans les conditions prévues par la loi (article 50) de la Constitution.

Le droit de grève était déjà réglé dans Loi du règlement des différends collectifs qui, en général, correspondait à la Constitution de 1991. Cependant, avec l'article 50 ce droit a reçu un rang de droit constitutionnel.

Le droit à former des associations et le droit de grève sont mis à la fin du cadre juridique mentionné et ce fait possède sa propre signification et interprétation : mis à la fin des droits au travail constitutionnels, ils soulignent leur application générale et leur utilité pour la défense des intérêts des différentes parties de la société – les travailleurs et les employés comme la partie la plus active de la société. Cela nous fait penser à logique par laquelle le droit universel de défense (l'article 56 de la Constitution) est situé à la fin du chapitre II - comme si pour nous suggérer l'idée que le droit de défense s'applique aux intérêts généraux des citoyens²⁵. Ces intérêts seront analysés séparément, dans le point 25, en suivant la réglementation dans la Constitution.

25. Le droit au travail.

Sa réglementation est dans l'article 48 de la Constitution. Elle est hétérogène et comporte plusieurs dispositions qui dépassent ses cinq alinéas. Le commun entre elles c'est le droit au travail des citoyens, ce qui probablement est la cause de les inclure dans le même article de la Constitution. Mais ces dispositions ont un contenu riche et un objet de réglementation différente. Cela impose la décomposition de ce contenu. L'essence c'est le droit de travailler – ce qui se trouve dans les alinéas 1 et 3 de l'article 48. Les autres droits en dérivent. Les autres droits ne sont pas homogènes et comportent un lien différent par rapport au droit de travailler.

²⁵ N. Nenovski, *Le droit constitutionnel de défense des citoyens*, Editions Sibi, 1998, p. 9-1.

Alinéa 2 oblige l'Etat de créer une réglementation différenciée du droit au travail des personnes handicapées physiques et mentaux. La grande signification sociale de cette réglementation, imposant des exigences spécifiques, par rapport au droit général au travail, est incontestable²⁶.

Alinéa 4 reprend dans la disposition constitutionnelle l'interdiction du travail forcé, réglementé dans les Conventions n°29 de 1930, n° 105 de 1957, auxquelles la Bulgarie fait partie, et des autres contrats internationaux bilatéraux et régionaux qui contiennent cette interdiction (article 8 du Pacte international des droits sociaux et politiques, l'article 4, paragraphes 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme), ainsi que l'article 5, paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'alinéa 4, de l'article 48 de la Constitution, confirmant la liberté du travail, pose des questions importantes et spécifiques, du point de vue du droit international du travail, objet d'autres analyses, qui ne sont pas pertinents au propos actuel.²⁷

La situation est différente par rapport aux droits au travail dans l'article 48, alinéa 5 de la Constitution (voir plus haut le point 24). Ces droits seront l'objet de l'étude suivante (voir ci-dessous n°32 à 39) et ils imposent certaines précisions. Les droits au travail, dans l'alinéa mentionnée, possèdent les éléments les plus essentiels du droit général du travail, selon l'article 48 de la Constitution, et en font partie. Des droits constitutionnels de travail individuels sont formulés ici, à cause de leur différenciation relative et de leur importance dans la législation actuelle. Ils feront objet d'une analyse, du point de vue de leur sauvegarde dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (voir ci-dessous le point 26)²⁸.

²⁶ **N. Guevrenova**, *La protection spéciale des travailleurs et des employés handicapés*.

²⁷ **V. Mrachkov**, *Le droit du travail international*, Editions Sibi, S., 2000, p. 116 -121.

²⁸ **Prof. Droumeva** (*Le droit constitutionnel*, ouvrage cite, p. 764-765) définit ces droits comme « droits accompagnants la réalisation du droit au travail et le droit au libre choix de la profession ». Cela donne l'impression que comme « droits accompagnants » ils se trouvent en dehors du droit au travail constitutionnel général, défini à l'article 48 alinéa. Au contraire - ils

26. C'est l'article 48, alinéa 1 de la Constitution, la norme constitutionnelle de base qui définit le contenu du droit au travail général. Elle se lit comme suit : « Les citoyens ont droit au travail. L'Etat garantit des conditions favorables à l'exercice de ce droit. ». Cette disposition exprime deux idées différentes : elle s'agit du contenu du droit au travail (première phrase) ; elle établit l'obligation de l'Etat pour sa réalisation (deuxième phrase).

Le législateur constitutionnel proclame le droit au travail sans le définir, ayant en vue que c'est un mot largement utilisé dans la langue bulgare, d'où on pourrait tirer son sens. « Le droit au travail », selon l'article 48, alinéa 1 de la Constitution, signifie l'accès à un emploi, l'exécution du travail : une multitude de tâches à accomplir assurant les moyens de vie pour le travailleur et pour sa famille : la nourriture, les vêtements, le logement, y compris le chauffage, l'éclairage ; les frais pour des besoins culturels de base. Le travail est une activité sociale utile, liée à des efforts physiques et psychiques. D'après la nature du travail exécuté, le travail exige des connaissances, des habilités, commençant par une éducation - primaire et secondaire, jusqu'à la maîtrise de différentes branches de la science, de la virtuosité artistique même, des qualités héritées dans différents domaines. Du point de vue juridique, il est important de souligner que le droit au travail, largement compris dans le texte de l'article 48, alinéa 1 de la Constitution, ne précise pas la forme du travail : le contrat du travail, le contrat administratif dans le domaine du pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire, la profession libérale, l'artisanat, l'entrepreneuriat. Le large sens du droit au travail explique la nature de la notion : la possibilité de travailler dans différents domaines et sous différentes formes.

Chez nous, pendant les trois dernières décennies, le marché du travail se développe dans des conditions de la propriété privée, l'économie du marché et de la libre initiative économique, du libre placement professionnel, selon la qualification du travailleur - ses connaissances, ses habilités, sa santé, son âge. C'est le travailleur qui doit être la partie active et entreprenante.

représentent une partie intégrante du droit au travail et, étant tous des droits constitutionnels, disposent du même moyen de défense.

27. Examinons la question du point de vue de l'Etat (la deuxième phrase de l'article 48, alinéa 1 de la Constitution est dédiée à l'Etat- voir le point 26 ci- dessus). Le droit au travail est un droit public subjectif. C'est à l'Etat qu'incombe l'obligation de sa réalisation. La Constitution utilise, cependant, une formule vague et générale : on parle des soins afin de créer des conditions pour la réalisation du droit au travail. Ces mots ont plutôt la nature d'un vœu et non pas d'une obligation de l'Etat envers ses citoyens (l'Etat, possédant le pouvoir et la force n'est pas toujours la partie fiable pour l'exécution de ses devoirs, cherchant des prétextes pour les reporter). La formule de l'obligation qui suit de l'article 48, alinéa 1, deuxième phrase de la Constitution, se perd dans l'anonymité des organes de l'Etat et dans l'expression vague « des soins afin de créer des conditions pour la réalisation du droit au travail ». Oui, l'Etat ne crée pas d'emplois, sauf dans le domaine de la fonction publique ou le nombre des candidats dépasse les places disponibles. Je ne parle pas de ces cas. L'effort de l'Etat, pour le placement professionnel, c'est son effort de créer des conditions économiques favorables, de stimuler les employeurs par la diminution des obstacles administratifs, de la charge réglementaire et fiscale. C'est pourquoi, les dernières décennies le taux de chômage a été élevé. Il est vrai que pendant les dernières années le taux a diminué jusqu'à environ 4-5 pourcents. Cependant, la cause se trouve en dehors des efforts de l'Etat ; la raison c'est la diminution du nombre absolu de la population économiquement active et l'immigration à travers les terminaux un et deux de l'aéroport de Sofia.

28. Le libre choix de profession et du lieu du travail – ce sont des éléments du droit au travail. Les deux sont choisis par les citoyens selon leur volonté, leur préférence et déterminent les conditions du travail.

Le libre choix de profession c'est le choix du métier avec les connaissances et les habilités nécessaires. Les compétences sont acquises à travers les différentes formes d'éducation, dans les différentes écoles, lycées, universités, il y a la possibilité de recevoir des degrés académiques, d'acquérir des connaissances dans les différentes branches de la science, et de faire le choix

du travail selon tes intérêts propres. Le choix de profession est libre puisqu'il y a toujours des variantes et des alternatives ; ils existent souvent des hésitations, des doutes, des tournements finissant par la décision prise. Le choix – c'est l'autre nom de la liberté : lorsqu'on parle du choix, on parle de la liberté de le faire et lorsqu'on dit le mot « liberté » on pense du choix offert entre différentes variantes du comportement.

29. Le libre choix du lieu du travail a le même contenu, comme dans la notion examinée ci-dessus (le point 28). L'objet du choix, cependant, est différent. « Le lieu du travail », selon l'article 48 alinéa 3 de la Constitution, n'est pas une notion identique avec les notions légales « place du travail », « lieu du travail » dans le Code du travail et le droit du travail²⁹. « Le lieu du travail », sur la base de l'article 48, alinéa 3, est une notion constitutionnelle, beaucoup plus large - ce n'est pas seulement la place où on effectue un travail, mais aussi l'endroit où le citoyen vit comme un milieu naturel et culture ! C'est la ville, la région où il habite et cet endroit ne coïncide pas avec le territoire de son activité professionnelle.

30. Le droit constitutionnel du travail, décrit ci-dessus, possède en cas d'atteinte un mécanisme de défense devant la Cour constitutionnelle. La saisine est sur la base de l'article 149, alinéa 1, point 2, par les organes définis dans l'article 150, alinéa 1 à 4 de la Constitution. Le droit du travail est un droit fondamental, selon l'article 16 et l'article 48, alinéa 1 de la Constitution, et, dès le mois d'octobre 1991 - le début de son activité - la Cour constitutionnelle a créé une jurisprudence abondante et déterminée dans ce sens, fondée sur la Constitution et cette jurisprudence forme le bloc constitutionnel de la défense.

²⁹ Le « lieu du travail » c'est le siège social de l'entreprise avec laquelle le contrat du travail a été conclu, si autre chose n'est convenue entre les parties ou si autre chose ne suit pas du caractère du travail effectuée (article 66 alinéa 3 du Code du travail). Le lieu du travail est défini dans § 1, point 4 des dispositions supplémentaires du Code du travail comme une prémisses, un atelier, la place d'une machine et tout endroit défini où le salarié effectue son travail, sous la direction de l'employeur (voir **V. Mrachkov**, *Droit du travail*, recueil cité, p. 220-221).

Il y a une concurrence inévitable entre les différents types de droits fondamentaux mais, la Cour constitutionnelle, dans sa décision n°14 du 23 novembre 2000, rendue dans l'affaire constitutionnelle n°12/2000, donne la priorité au droit du travail par rapport au droit à la sécurité sociale (article 51, alinéa 1, paragraphe 1 de la Constitution). La Cour s'appuie « aux principes fondamentaux de la Constitution » y compris l'article 16 de la Constitution, qui imposent l'obligation de garantir et défendre le droit du travail par la loi. La Cour constitutionnelle décide que « Ce principe, mis en avant, par rapport aux autres principes fondamentaux, exprime son importance comme condition préalable pour une existence digne et normale et pour satisfaire les nécessités naturelles humaines ». Le travail est défini comme une valeur suprême existentielle et sociale, devant laquelle le droit à la sécurité sociale doit reculer. La Cour constitutionnelle fait la conclusion que « l'Etat est tenu de garantir et défendre ce droit et non pas de créer des obstacles juridiques devant lui ».

Un autre aspect de la défense du droit au travail, était lié aux textes de lustration, prévus dans les lois de différentes branches juridiques, interdisant l'embauches des citoyens bulgares pour certains postes. La loi du service diplomatique a donné l'occasion à la Cour constitutionnelle de conclure que l'interdiction d'occuper un certain poste est en contradiction avec le droit général du travail – article 48, alinéa 1 de la Constitution. Dans la décision n°11 du 22 novembre 2011, la Cour constitutionnelle a fait un résumé de sa jurisprudence de longue date (depuis 20 ans) en la matière : « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de la République de Bulgarie définit que l'adhésion dans le passé aux structures des services secrets totalitaires ne pourrait pas être une cause pour restreindre les droits constitutionnels et, en particulier, la possibilité d'occuper un poste donne. La Cour constitutionnelle n'a pas d'arguments pour ne pas suivre sa jurisprudence stable ». Certaines décisions antérieures font partie de cette jurisprudence : décision n°14 du 10 novembre 1992 dans l'affaire constitutionnelle n° 14/1992, décision n°10 du 22 septembre 1997 dans l'affaire constitutionnelle n°13/1997, affaire n°1 du 27 janvier 2005 dans l'affaire constitutionnelle n°

8/2004, décision n°11 du 3 décembre 2009, dans l'affaire constitutionnelle n°13/2009 et d'autres. Cette jurisprudence continue après la décision citée de 2011 (décision n° 8 du 4 juillet 2012, dans l'affaire constitutionnelle n° 16/2011, sur les dispositions lustrâtes dans la Loi de l'Agence Télégraphique Bulgare, décision n° 8 du 11 septembre 2013, dans l'affaire constitutionnelle n°6/2013, liée aux textes lustrâtes dans la Loi du radio et de la télévision etc.).

L'obligation essentielle de l'Etat, sur la base de l'article 48, alinéa 1, phrase 2 de la Constitution, de créer des conditions pour la réalisation du droit au travail, provient du caractère public du droit au travail (tel est d'ailleurs le caractère des droits fondamentaux des citoyens, régis dans la Constitution)³⁰. Cette obligation persiste dans d'autres normes constitutionnelles (par exemple, l'article 19, alinéa 4 de la Constitution prévoit que « La loi crée des conditions de coopération et autres formes d'association des citoyens... ». Dans la décision n°10 du 29 octobre 2002, affaire constitutionnelle n°12/2012, la Cour constitutionnelle interprète l'obligation de l'Etat et indique que, dans la disposition de l'article 48, alinéa 2 de la Constitution, la signification c'est de créer des conditions favorables et dignes pour la réalisation du droit au travail (voir ci-dessous le point n°34).

La Cour constitutionnelle trouve que « Le droit au travail, garanti par la Constitution, englobe la possibilité de chaque citoyen au libre choix de profession. Cela ne signifie pas que le citoyen ne possède qu'un moyen d'effectuer son métier – au contraire – il pourrait effectuer un travail différent conformément à sa qualification » (décision n°3 du 25 septembre 2002, dans l'affaire constitutionnelle n°11/2002).

31. La particularité du droit général du travail qui découle de son caractère de droit fondamental (voir l'article 16, et l'article 48, alinéa 1 de la Constitution et l'affaire précitée dans le point 30 n°14 du 23 novembre 2000) c'est sa capacité générative (du latin le verbe *genero* qui signifie donner le jour, multiplier) de créer des droits au travail nouveaux. Tous ces droits au travail

³⁰ N. Kisselova, *Droits politiques des citoyens bulgares*, Editions Siela, S., 2017, p. 139-140.

constituent des éléments du droit au travail général, selon l'article 16 de la Constitution, et ils forment tous le noyau de ce droit fondamental. Tels sont : la sante et la sécurité au travail, le droit à la rémunération, la durée du travail, les repos, les congés, le droit d'être informé et consulté, les droits collectifs, le droit de former des syndicats et des associations, le droit à la grève et d'autres. Il appartient au législateur constitutionnel de décider lesquels des droits auront une réglementation autonome et dans quelles limites. En 1991, ces questions ont été posées devant le législateur constitutionnel et il a fait son choix.

32. Outre la réglementation générale du droit au travail, dans les articles 16 et 48, alinéas 1 à 4 de la Constitution, le législateur a créé deux groupes de droits constitutionnels : les droits individuels, cités dans l'article 48, alinéa 5 de la Constitution (ils sont identifiés et énumérés) et les droits collectifs : la liberté syndicale des travailleurs et la liberté d'association des employeurs (article 49 de la Constitution) le droit à la grève (article 50 de la Constitution). Ils seront examinés dans cet ordre, du point de vue de leur constitutionnalisation, dans le présent expose.

33. La sante et la sécurité sur le lieu du travail.

Dans l'énumération de l'article 48, alinéa 5 de la Constitution, a la première place, c'est la sante et la sécurité du travail à cause de son lien étroit avec le droit de vie et de santé des travailleurs. La réglementation détaillée de ce droit, d'où on peut tirer son contenu, se trouve dans les articles 275 à 290 du Code du travail et dans la Loi sur la santé et la sécurité au travail de 1997 (publiée au Journal officiel n°124 du 1997, modifiée et amendée). La réglementation dans le Code du travail est conçue et s'applique pour les travailleurs et les employés, tandis que celle de la Loi sur la santé et la sécurité au travail possède un champ d'application plus large et peut être appliquée partout dans les entreprises et les lieux où une activité professionnelle est effectuée ou des formations professionnelles sont organisées, nonobstant la forme de l'organisation, la propriété ou la base normative sur laquelle le travail ou les formations sont réalisées (article 2 de La loi sur la santé et la sécurité au travail). Cette différence entre le Code du travail et la Loi précitée a été bien indiquée dans la décision

de la Cour constitutionnelle n°2 du 8 mars 2012, affaire constitutionnelle n°9/2011, définissant la Loi sur la santé et la sécurité au travail comme « une loi générale » pour la réalisation de la politique de l'Etat dans le domaine du travail et partout où on effectue une activité professionnelle. Cela relie la réglementation de la loi générale à la réglementation constitutionnelle, sur la base de l'article 16 de la Constitution (le principe général de garantir et protéger le travail) et sur la base de l'article 48, alinéas 1 à 4 de la Constitution (les droits généraux du travail - voir plus haut le point 32), quoique l'article 48, alinéa 5 de la Constitution lie ces droits aux droits des ouvriers et des employés. Selon l'article 48, alinéa 5, in fine, de la Constitution il y a une délégation vers la loi qui va donner la réglementation détaillée ; la loi c'est le Code du travail pour les ouvriers et les employés et la Loi sur la santé et la sécurité au travail, concernant tous les endroits où on effectue une activité professionnelle. C'est pour cette cause dans la décision précitée n°2 du 8 mars 2012, la Cour constitutionnelle a conclu que : « Le droit, prévu dans l'article 48, alinéa 5 de la Constitution, à la santé et la sécurité au travail, étant un droit constitutionnel des travailleurs, est matérialisé par les deux actes législatifs. Avec l'adoption du Code du travail et de la Loi sur la santé et la sécurité au travail l'Etat a accompli son obligation, provenant de la Loi fondamentale ».

Sur cette base, on peut faire encore une conclusion liée à l'interprétation de l'article 48, alinéa 5 de la Constitution : c'est que ledit article ne s'adresse pas seulement aux ouvriers et aux employés, mais aussi aux autres membres de la société effectuant un travail, à condition que cela soit déterminé par une loi (comme, par exemple, c'est fait par la Loi sur la santé et la sécurité au travail, sur la base de l'article 48, alinéa 5 de la Constitution). Pour les autres droits au travail, énumérés dans l'article 48 de la Constitution, il pourrait y avoir une loi les régissant. Les ouvriers et les employés sont objet de la défense, selon l'article 48, alinéa 5 de la Constitution, puisqu'ils effectuent un travail sous l'autorité de l'employeur ; ils sont rémunérés par lui et dans le lien du travail ils sont la partie faible (je vais parler sur ce thème dans la partie suivante).

34. Le droit à la rémunération.

Dans la Constitution, l'article 45, alinéa 5 englobe les deux formes de la rémunération : le salaire minimum et le salaire régulier pour le travail effectué. Les deux seront examinés ci-dessous puisqu'ils ont un objet commun et se rapportent à un bien commun : le paiement pour le travail accompli. Cependant il y a aussi une différence entre eux qui subsiste.

Le salaire minimum mensuel et le salaire horaire légal, pour le travail dûment effectué, sont établis sur le territoire du pays et obligent les parties contractantes. Le salaire minimum est défini pour un travail qui n'exige pas une qualification spéciale et pour des habilités ordinaires. Son but c'est d'assurer la vie des citoyens. Les dernières années il connaît une croissance stable mais insuffisante, à cause du fait que le salaire n'a pas beaucoup évolué pendant les années transitoires et à présent, le salaire minimum en Bulgarie est le plus bas en Europe. Pour l'année 2019 le salaire mensuel minimum est 560 leva et le salaire horaire minimal - 3.37 leva pour une durée du travail de huit heures par jour et cinq jours ouvrables par semaine.

Contrairement au salaire minimum, celui, réglementé dans l'article 48, alinéa 5 de la Constitution, dépend du travail accompli. Ici le critère c'est la qualification exigée, la forme de l'éducation, les habilités, les talents, l'éducation tout au long de la vie nécessaires pour la profession exécutée. Le salaire dépend de la sécurité et la santé du travail, de la durée - journalière et hebdomadaire du travail et d'autres critères. Le salaire est évalué en levas ou en autre devise choisie par les parties et représente la valeur du travail accompli. Le salaire donne les moyens de vie au travailleur et à sa famille pour leur existence biologique et pour leurs nécessités spirituelles. Le salaire représente aussi une évaluation de la dignité humaine et de la dignité du travail. Le salaire définit la qualité de la vie, la satisfaction des besoins intellectuels, la joie de la vie et de la communication humaine. Pendant les derniers trente années de transition, la pauvreté accable une grande partie des citoyens bulgares restés dans pays et, le niveau humiliant du salaire minimum ici, porte atteinte à la dignité humaine et gêne l'existence normale d'une grande partie de la population

bulgare pendant le XXI siècle - un fait qui est loin des exigences envers l'Etat social contemporain, proclamées par la Constitution, mais non garanties ni assurées par elle.

35. La Cour constitutionnelle a eu l'occasion d'exprimer son soutien et de défendre fermement le droit des citoyens bulgares à une rémunération digne et équitable comme leur droit fondamental. Dans sa décision emblématique n°14 du 23 novembre 2000, affaire constitutionnelle n°12/2000 la Cour constitutionnelle souligne le suivant : « Dans les conditions actuelles, le **but essentiel** (l'accent est à moi) du presque chaque travail c'est la rémunération qui est d'une importance vitale pour chaque personne. C'est pourquoi le droit à une rémunération minimum est indiqué explicitement parmi les droits fondamentaux dans l'article 45, alinéa 5 de la Constitution. Par conséquent, l'obligation de l'Etat, qui en découle des articles 16 et 48, alinéa 5 de la Constitution, de créer des conditions pour la réalisation de droit au travail, inclut, par excellence, l'obligation de l'employeur de payer une rémunération pour le travail effectué [...]. C'est un comportement inconstitutionnel pour l'employeur de ne pas payer les sommes dues comme assurances sociales, ce qui pourrait engendrer une répression pénale contre lui, sur la base de la disposition contestée ».

Dans les motifs de cette décision la Cour constitutionnelle souligne l'importance vitale de la rémunération : « [...] qui sert de satisfaire chaque jour les besoins du travailleur et de sa famille de nourriture, de logement, des médicaments ». La Cour constitutionnelle continue : « Apparemment, si le citoyen ne touche pas aujourd'hui son salaire pour manger, la probabilité de survivre pour toucher une pension diminue de plus en plus ». La conclusion de la Cour c'est que : « [...] de ce point de vue, la concurrence, d'une part, entre le droit au travail et le droit à un salaire minimum et, d'autre part, le droit à une assurance sociale – article 16 et 48, alinéa 5 de la Constitution, est en faveur du droit à un salaire minimum qui est prioritaire ».

36. La Cour constitutionnelle, après cette défense cohérente du droit à la rémunération, par la décision précitée n°14 du 23 novembre 2000 qui déclarait la priorité de ce droit par rapport

au droit à l'assurance sociale, dix-huit ans plus tard, n'a pas pu soutenir la primauté du droit à la rémunération. Par sa décision n°1 du 16 janvier 2018, dans l'affaire constitutionnelle n°3 de 2017 enregistrée à la demande de l'Ombudsman, portant sur l'inconstitutionnalité de l'article 245, alinéa 1 du Code du travail, la Cour constitutionnelle n'a pas pu collecter sept voix – le quorum nécessaire pour se prononcer et soit rejeter la demande, soit déclarer l'inconstitutionnalité de la disposition, sur la base de l'article 149, alinéa 1, point 2 et l'article 151, alinéa 2 de la Constitution. Cela signifie que l'article 245, alinéa 1 du Code du travail continue son application avec le contenu de 1992 et de 2004, profitant de la présomption de constitutionnalité, jusqu'à ce que l'inverse ne soit pas déclaré.

C'est à noter que nulle part dans les motifs détaillés de cette décision constitutionnelle, le texte de l'article 245, alinéa 1 du Code du travail n'est pas cité, pour que le lecteur impartial puisse juger l'opinion de la majorité non adoptée. C'est pourquoi, je me permets de le citer in extenso : « Lors d'une exécution de bonne foi des obligations, il est garanti au travailleur et à l'employé le paiement du salaire, mais pas moins que le salaire minimum du pays ». Je continue à soutenir que cette disposition de la loi a des grands déficits de constitutionnalité. Les raisons sont les suivantes :

a) La disposition attaquée suppose d'une façon explicite, claire et catégorique l'exécution des obligations du salarié de bonne foi. Cela signifie que le travailleur et l'employé activement ont présenté à l'employeur leurs forces physiques, leurs capacités intellectuelles et leur dévotion au travail. L'obligation essentielle, élémentaire et corrélative de l'employeur, c'est d'exécuter sa prestation, en payant la rémunération due. Cette obligation ensuit du principe constitutionnel d'équité comme une valeur humaine, transposée dans la Loi fondamentale et se trouvant dans le paragraphe 2 du préambule. Le texte de l'article 245, alinéa 1 du Code du travail qui suit se trouve en contrariété flagrante avec l'équité comme valeur humaine ;

b) Lorsque le travailleur a exécuté son travail de bonne foi, son travail est protégé par l'article 16 de la Constitution. L'article

245, alinéa 1 du Code du travail, en substance, contraire ouvertement à l'article 16 de la Constitution ;

c) L'article 245, alinéa 1 du Code du travail ne garantit point et ne protège pas le travail. Tout en l'envers - il va contre la loi en donnant à l'employeur la possibilité de payer seulement 60 pourcents du salaire (et pas moins du salaire minimum) et admet un vol légal. Dans les motifs de la décision, les membres de la majorité non adoptée pour la thèse de l'inconstitutionnalité de l'article 245, alinéa 1 du Code du travail, soutiennent que leur position exprime la défense des intérêts des travailleurs. Cependant, dans la langue bulgare, largement utilisée, la réduction du salaire constitue une atteinte au droit à la rémunération et ce n'est pas une défense. Cet « argument » fausse le sens du principe de garantir et défendre le travail. La défense dans l'article 245, alinéa 1 du Code du travail est adressée plutôt à l'employeur, puisque la disposition lui donne le droit à un choix de réduire la valeur du salaire du jusqu'au chiffre du salaire minimum. C'est dans l'intérêt seulement de l'employeur et le sens du texte n'a pas un soutien constitutionnel. Comme résultat, on arrive non seulement à une infraction de l'article 16 de la Constitution mais à une distorsion de son sens, puisqu'on délègue « la protection et la garantie du travail » à l'employeur ce qui est en contradiction du principe fondamental exprime dans l'article 16 de la Constitution ;

d) L'article 245, alinéa 1 du Code du travail contredit aussi à l'article 48, alinéa 5 de la Constitution qui explicitement lie la rémunération au travail accompli. C'est le noyau impératif de la disposition constitutionnelle qui est le critère pour déterminer le montant de la créance, lors d'une exécution du travail de bonne foi. Dans l'affaire constitutionnelle n°3 de 2017, enregistrée à la demande de l'Ombudsman, portant sur l'inconstitutionnalité de l'article 245, alinéa 1 du Code du travail, la majorité manquante avait ignoré l'article 48, alinéa 5 - une disposition clé de la Constitution - et l'esprit de sauvegarde exprime dans l'affaire n°14 du 23 novembre 2000 de la Cour constitutionnelle.

La chose positive dans la décision n°1 du 16 janvier 2018, affaire constitutionnelle n°3 de 2017, c'est que la question de l'inconstitutionnalité de l'article 245, alinéa 1 de la Constitution,

reste ouverte et attend sa future résolution juste et conforme à la loi fondamentale.

37. Le droit au repos.

Sa réglementation, comme droit constitutionnel, se trouve dans l'article 48, alinéa 5 de la Constitution, selon les conditions prévues par une loi. Le repos et le droit fondamental des travailleurs de cesser temporairement l'exécution de leurs obligations du contrat ou l'exécution de la fonction publique dans une période donnée (pendant la durée journalière du travail, pendant la semaine de calendrier) ; c'est aussi le repos entre deux jours successifs du travail, le repos pendant les jours fériés (articles 151 à 154 du Code du travail, articles 56 à 66 de la Loi du fonctionnaire d'Etat). La Cour constitutionnelle n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur des requêtes, tendant à établir l'inconstitutionnalité de ces textes.

38. Le droit au congé.

Selon l'article 48, alinéa 5, in fine de la Constitution, ce droit est réglementé conformément aux conditions prévues dans une loi. Comme dans les cas du repos (voir le point 37 ci-dessus) pour les travailleurs et les employés une telle loi est le Code du travail (articles 155 à 178) et pour les fonctionnaires de l'Etat – la Loi du fonctionnaire d'Etat (articles 56 à 66). C'est important de souligner la multitude des congés, selon le droit du travail en vigueur. La réglementation constitutionnelle, dans l'article 48, alinéa 5 de la Loi fondamentale, se rapporte à toutes les genres de congés, nonobstant de leur durée, fonction et place systématique. Le droit au congé provient du droit au travail et les deux sont protégés par l'article 48, alinéa 5 de la Constitution.

39. Parmi les différents types de congés, c'est le congé payé qui occupe une place centrale. Pendant la dernière décennie, la réglementation du congé payé a été enrichi. De nouvelles questions sont posées, de point de vue de sa constitutionnalisation et surtout de son utilisation qui seront l'objet du présent article.

L'utilisation régulière du congé annuel payé.

Le délai de prescription sur le congé payé a été abrogé, avec les changements du Code du travail, le mois de novembre 1992, entres en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1993 (voir le point n^o9

ci-dessus). Cela a élargi la possibilité de l'utilisation du congé payé. Cependant, ce changement a été fait à la hâte et il s'est avéré peu convenable, à cause du manque de culture chez les travailleurs d'utiliser régulièrement les congés payés. D'autre part, dans les conditions économiques de pauvreté, pendant les années quatre-vingt-dix – années de transitions économiques en Bulgarie, avec la privatisation chaotique et de pillage, avec les traits qu'on lie plutôt à la période de la première accumulation des capitaux en Europe, du début du XIX siècle, les travailleurs ont commencé à reporter leurs congés payés. Ils visaient de recevoir, dans les conditions de manque de sécurité juridique, à la fin du contrat de travail, une indemnisation pour le congé payé non utilisé, due pour toutes les années passées, comme des moyens financiers disponibles. Cela a amené une distorsion dans l'application du congé payé - non comme un moyen contre la fatigue au travail, mais comme un argent épargné pour des jours à venir. C'est pour cette raison, le début de l'année 2010, le législateur a entrepris des mesures radicales, mais pas suffisamment réfléchies comme : utiliser tous les congés payés (qui étaient de dizaines ou de centaines de jours, accumulés pendant des années) dans des délais courts, sinon ces congés étaient jugés couverts de délai de prescription ; le législateur a reconstitué le délai de prescription de deux ans, sur les congés, avec une application de la norme *ex tunc* - pour le temps passé. Ces changements ont créé une tension dans la société. L'intervention immédiate et efficace de la Cour constitutionnelle, en 2010, a été de proclamer, sur la base de l'article 149, alinéa 1, point 2 et des conventions internationales dont la Bulgarie faisait partie, selon l'article 149, alinéa 4 de la Constitution, l'inconstitutionnalité des textes du Code du travail qui stipulaient que les congés payés non utilisés jusqu'à la date du 31 décembre 2009, étaient couverts de délai de prescription. La Cour a affirmé comme constitutionnelle la norme introduisant le délai de prescription de deux ans, en *nunc*, à compter du 1^{er} janvier 2010 et la réglementation pour l'utilisation du congé du pour l'année légale et a établi une réglementation de reporter le congé (articles 172 à 173, articles 175 à 176a du Code du travail (décision n°12 du 11 novembre 2011 dans l'affaire constitution-

nelle n° 15/2010). Après la stupéfaction causée par les dispositions hâtives et inconsidérées de l'organe législatif, cette décision a établi la sécurité juridique et la confiance des citoyens envers la Cour constitutionnelle, son prestige comme organe suprême de l'Etat, établissant la justice et la constitutionnalité au pays.

40. La liberté syndicale et la liberté d'association des employeurs.

Avec l'article 49 de la Constitution, un pas important est fait dans la reconnaissance et la garantie du droit aux travailleurs de s'associer dans des unions syndicales (alinéa 1 de la disposition) et pour la première fois est reconnu le droit aux employeurs de s'associer (alinéa 2 de la disposition). L'article 49 de la Constitution adopte les principes des conventions internationales n°87 (de 1948) et n° 98 (de 1949) dont la Bulgarie est partie, liés à la formation pluraliste, libre d'associations des travailleurs et des employeurs pour la défense de leur intérêt. La nouvelle réglementation constitutionnelle a été adoptée aussi dans les amendements du Code du travail (articles 4 et 5, articles 33 à 49 du Code du travail). La libre formation d'associations des employeurs a imposé la nécessité de la création des organisations représentatives nationales syndicales et des organisations représentatives nationales des employeurs ; le Conseil des ministres a élaboré des critères auxquels ils devaient répondre et un contrôle des critères à chaque quatre ans (pour les organisations syndicales - les critères étaient dans l'article 34 et pour les associations des employeurs - dans l'article 35 du Code du travail). Ces critères étaient balancés et symétriques pour la représentation des intérêts des travailleurs d'une part, et, d'autre part, des intérêts des employeurs sur le territoire du pays, dans les municipalités – dans la création des organes locaux, et dans les organismes de gestion nationaux. Selon la pratique internationale établie, les organisations syndicales et les associations des employeurs devaient avoir le statut de personnes morales.

En janvier 2012, ont été faites des modifications du Code du travail qui donnaient des avantages aux associations des employeurs, représentant les intérêts des grandes entreprises, et qui excluaient les deux organisations des employeurs tradition-

nels qui existaient à l'époque. Ces deux associations anciennes des employeurs, possédant une expérience de longue date dans la vie syndicale, ne plaisaient pas à un ministre des finances et les modifications avait été inspirées par lui et soutenues par la majorité parlementaire. Les amendements avaient été attaqués devant la Cour constitutionnelle par un groupement de députés. Par sa décision n°7, du 19 juin 2012, dans l'affaire constitutionnelle n° 2/2012, la Cour constitutionnelle s'est prononcée de leur inconstitutionnalité. Le changement des critères de représentation des organisations des employeurs donnait un avantage aux grandes entreprises au pays et les entreprises de taille moyenne et les petites entreprises, composant quatre-vingt-dix pourcents des employeurs du pays, n'étaient pas représentées ce qui changeait le panneau de la représentativité des employeurs. De même, les critères de représentation des organisations des employeurs étaient augmentés, par rapport aux critères des syndicats. De nouvelles exigences envers les associations des employeurs étaient apportées : de ne pas exécuter des activités attribuées uniquement par une loi ou autre acte normatif. Cela a amené à l'élimination des participants au dialogue social, au niveau national, et à un traitement inégal des partenaires sociaux entre les syndicats et les organisations des employeurs ce qui avait, comme résultat, la perte de balance, y compris entre les organisations des employeurs de toutes sortes d'entreprises : les grandes, les moyennes et les petites - constituant la majorité au pays.

De telles sortes d'exigences sont inacceptables puisqu'elles limitent le droit de former librement des associations et contraignent au principe constitutionnel de proportionnalité et aux articles 44 et 49, alinéas 2 de la Constitution.

41. Le droit à la grève.

Le rapport entre la Constitution et la loi c'est que la norme constitutionnelle précède celle de la loi – d'abord la norme constitutionnelle est créée et puis, sur cette base, on adopte la loi. C'est différent pour la réglementation du droit à la grève. D'abord a été adoptée la loi et, une année et demie plus tard, ce droit a été incorporé dans l'article 50 de la Loi générale. On peut trouver l'explication dans les conditions historiques au pays. Après

les changements radicaux du 10 novembre 1989, une vague de grèves s'est formée. La législation à l'époque n'était pas préparée, il manquait aussi de l'expérience. Cela a imposé dans des délais courts - les mois du janvier-février 1990, avec l'aide des experts de l'Organisation internationale du travail, d'élaborer le projet de loi et le 6 mars 1990 la Loi pour la réglementation des différends collectif a été adoptée. Cette loi a donné, pour la première fois, le cadre juridique du droit à la grève et la réglementation pour son exécution. La signification de normes de la Constitution sur cette notion est extrêmement importante : elle a formulé le droit à la grève comme un droit constitutionnel par une réglementation de niveau plus élevé ; de même, elle a défini la notion, notamment, la protection des droits économiques et sociaux collectif des travailleurs. L'article 50 de la Constitution prévoit que le droit à la grève est réglementé par une loi. Cette loi c'est la Loi pour la réglementation des différends collectif de 1990. L'article 116, alinéa 2 de la Constitution vise le droit à la grève des fonctionnaires d'Etat. Avec l'adoption de la nouvelle rédaction de 2016 des articles 47 et 47a de la Loi du fonctionnaire d'Etat, publiée au Journal officiel n°57 de 2016, on peut considérer que les exigences de la Constitution sont remplies.

42. Le développement évolutif du droit à la grève dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle représente un intérêt éducatif.

a) En 1996, le Président de la République a saisi la Cour constitutionnelle dans la procédure d'interprétation contraignante de l'article 50 de la Constitution « si par une loi, une catégorie des ouvriers et des employés pourrait être privée du droit de grève ». Par sa décision n°14, du 24 septembre 1996, dans l'affaire constitutionnelle n° 15/1996, la Cour a défini le droit à la grève comme un moyen ultime pour la sauvegarde des intérêts collectif sociaux et économiques des ouvriers et des employés, par le moyen de cesser l'exécution du travail, en expression de leur liberté sociale et lie à l'impératif constitutionnel de créer l'Etat social en Bulgarie où le droit au travail est préservé par la Constitution. L'interprétation donnée par la Cour constitutionnelle explique le contenu de ce droit. Dans le dispositif de la décision d'interpréta-

tion contraignante, la Cour a ajouté la phrase, concernant le droit à la grève, comme suit : « Il est [...] une garantie constitutionnelle que la République de Bulgarie va se développer comme un Etat démocratique et social ». Le nouveau dans cette interprétation c'est que le droit à la grève est défini comme un facteur pour « l'Etat démocratique et social » ; démocratique – puisque à travers le droit à la grève les ouvriers expriment leur liberté et insistent que leurs droits sociaux et économiques collectif soient satisfaits.

b/ Par la même décision, la Cour constitutionnelle a rejeté la requête tendant à établir l'inconstitutionnalité du point 4 de l'article 16 de la Loi sur le règlement des différends collectifs du travail, qui interdisait le droit à la grève aux ouvriers et aux employés occupés dans le domaine de la production de l'Energie, les télécommunications et les soins médicaux (point 4), aux fonctionnaires et aux salariés, travaillant au Ministère de la défense, au Ministère de l'Intérieur, aux autres organes de sécurité d'Etat et au pouvoir judiciaire (point 6). En 2006, la partie concernant l'article 16, point 4 de la Loi sur le règlement des différends collectif du travail, a été abrogée et la loi a été amendée dans l'article 14, alinéa 1, point 1 et 2, alinéa 2 et 3 pour résoudre les différends collectifs par la procédure de conciliation et, en cas d'échec, par un arbitre individuel ou une commission d'arbitres nommés par les parties dans la procédure de l'arbitrage du travail obligatoire.

43. La Cour constitutionnelle a beaucoup contribué à la justiciabilité des droits. En 1992, avec les amendements du Code du travail, les tribunaux étaient déclarés compétents d'examiner tous les différends du travail, selon le Code de la procédure civile. Cette disposition du Code du travail correspond complètement à l'article 117, alinéa 1 de la Constitution, stipulant que les droits et les intérêts légitimes des citoyens sont défendus par le pouvoir judiciaire et non pas par des juridictions spéciales (nommées « commissions de conciliation » qui existaient avant la réforme). Après les modifications du Code du travail effectuées le mois de novembre 1992, les litiges du travail liés aux licenciements des fonctionnaires responsables, désignés dans une liste composée par le Conseil des ministres, ont continué à se dérouler par une voie administrative devant l'organe administratif supérieur. Par

sa décision n°12 du 20 juillet 1995, dans l'affaire constitutionnelle n°15/1995 et par sa décision n°11 du 30 avril 1998, dans l'affaire constitutionnelle n°10/1998, la Cour constitutionnelle, sur la base de l'article 117, alinéa 1 de la Constitution, a établi la protection juridictionnelle complète en cas des différends du travail. Hors de cette défense restent les conflits du travail liés au licenciement des fonctionnaires d'Etats élus dans les organes de l'Exécutif, les personnes élus dans les organes des associations, les partis et les mouvements politiques et les employés, prévus dans l'article 28 de la Loi de l'administration (les membres du cabinet politiques du Premier ministre, des Vice-premier ministres, des cabinets politiques des Présidents des agences d'Etat et du cabinet du Gouverneur régional (article 360, alinéa 2, point 1 et 2 du Code du travail).

44. Conclusion.

La constitutionnalisation du droit en vigueur et, notamment, du droit du travail, est un processus en développement continu. Les deux processus : la normativité de la Constitution et la justiciabilité des droits se complètent entre eux. Cela améliore la sauvegarde des droits et des intérêts des citoyens et établit la suprématie des textes de la Constitution.

CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM AND INTEGRATION

Rainer Arnold

I. Contemporary Constitutionalism and its essential elements

1. The four major tendencies of constitutionalism

Contemporary constitutionalism is characterized by four major tendencies: individualization, constitutionalization, internationalisation and (vertical and horizontal) differentiation.¹

a) Individualization: the anthropocentric orientation of constitutionalism

Protection and promotion of the individual is the primordial finality of constitutional law which is reflected by the recognition of human dignity² as the supreme value in State and society, inseparably linked with the principle of freedom specified by a large spectrum of fundamental rights. Thus the individual is in the center of contemporary constitutionalism.

The principle of freedom, necessarily related to dignity, is based on *substantive and functional efficiency*. The protection of freedom must be *complete* in substance, a defence instrument against *all* dangers existent in the presence and emerging in the future. It is a task of judicial, in particular constitutional interpretation to discover implicit protection of rights which are not expressed in written form but are actually present in the legal order. As constitutions are living instruments their protection func-

¹ See **Rainer Arnold**, *Interdependenz im Europäischen Verfassungsrecht* – in: **Alvizatos, Dimitropoulos et al. (eds.)**, *Essays in Honour of Georgios I. Kassimatis*, Athens, 2004, p. 733-751.

² See **Paolo Bechi, Klaus Mathis (eds.)**, *Handbook of Human Dignity in Europe*, Springer, 2019.

tion adapts in the course of time to the upcoming needs resulting from new dangers for the individual.

Substantive efficiency of the principle of freedom is mainly actualized by this adaptation process. *Functional efficiency* intends to maintain the protection function as such, by assuring the right relation between freedom and restriction of freedom. This relation is characterized by the fact that freedom is the principle and restriction of freedom is the exception which must be legitimized. This legitimation requires the fulfilment of three conditions, that restrictions are established by law (either by legislation or by the constitution itself), satisfy the principle of proportionality and do not affect the very essence of the rights.³

The principle of freedom also comprises *democracy* as it realizes political self-determination of the individual in the political community. It is essential for freedom to participate in the decisions on the own destiny which is connected with politics. Electoral rights and continuous participation in politics are basic expressions of freedom and therefore closely related to human dignity.⁴ The existence of an authentic democratic system with the aspects of plurality, freedom of expression and of free political activity is an essential dimension of freedom which has important impact on the institutional structure of the State.

The principle of freedom, inherent in the individual, is inseparably connected with *equality*. All members of the community are entitled to freedom with the consequence that freedom has to be shared. Equality in an absolute sense means nondiscrimination and comes into function if aspects of dignity such as race, skin colour, gender etc. are concerned.⁵ Equality in a relative

³ See **Rainer Arnold**, *Substanzielle und funktionelle Effizienz des Grundrechtsschutzes im europäischen Konstitutionalismus* – in: **Max-Emanuel Geis, Markus Winkler, Christian Bickenbach (eds.)**, *Von der Kultur der Verfassung, Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, 2015, p. 3-10.

⁴ This has been clearly expressed by the German Federal Constitutional Court (FCC), in its decision on the constitutionality of the Lisbon Treaty http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html, para. 211.

⁵ See **Rainer Arnold**, *Human Dignity and Minority Protection. Some Reflections on a Theory of Minority Rights* – in: **Maria Elósegui, Cristina Her-**

sense means adequacy and proportionality of freedom restriction respectively of advantage attribution. Equality is linked to the principle of freedom as a distribution pattern and as an indispensable dimension of freedom within the community of a variety of persons entitled to freedom. Equality must exist in a law-based community. A person's dignity is only respected if the person is treated as a subject and not as an object. Arbitrariness in the treatment of an individual clearly manifests that his/her subjectivity is denied.

Social rights are essentially claims for a benefit (work, lodging, further social conditions).⁶ The principle of freedom does not directly cover such rights. However, if they are important for the individual's (physical, spiritual and social) existence they are necessarily required by human dignity.⁷ For a large extent such claims are a matter of politics and therefore realized by ordinary legislation. Social justice is largely dependent from political orientations and therefore left to political choice. The very basis, however, is anchored in human dignity and for this reason also necessarily linked with the principle of freedom. Freedom is not realizable without a minimum guarantee of the individual's existence.

In a first conclusion it can be stated that contemporary constitutionalism is *anthropocentric*, related to the human being, therefore based on human dignity and its twin conception, the principle of freedom. The ultimate finality of constitutional law and as law in general is the protection and promotion of the individual.⁸ Human dignity as the supreme value in human communities such as the State has an absolute character, is intangible,

mida (eds.), *Racial Justice, Policies and Courts' Legal Reasoning in Europe*, Springer, 2017, p. 3-14.

⁶ See **Julia Iliopoulou-Strangas (ed.),** *Soziale Grundrechte in den ‚neuen‘ Mitgliedstaaten der Europäischen Union Nomos 2019*; *idem*, *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon*, Nomos, 2010.

⁷ See the jurisprudence of the German FCC on the „Existence minimum“, FCC vol. 35, 202, 236; vol. 45, 376, 387; vol. 100, 271, 284; vol. 125, 175, 222-223.

⁸ This understanding is deep-rooted in history: *Hominum causa omne ius constitutum*, Hermogenius, D.I, 5, 2.

not restrictable and by nature not able to be weighed out against any other constitutional values. Dignity forbids to eliminate or to unduly relativize freedom what is expressed by the prohibition to affect freedom as specified by particular fundamental rights in its core elements, in its very nature. Furthermore, restriction of freedom must be adequate, corresponding to the principle of proportionality⁹.

These are essential elements of the concept of freedom which express the own, authentic value, the subjectivity of the human being. The inseparable link between dignity and freedom gets manifest by this. As dignity is inherent in the human being, equality is, together with freedom, a twin principle of dignity. Arbitrariness is always against dignity while the principle of equality functions duly only if adequate differentiation is applied. Non discrimination for person-related core aspects, however, is an absolute requirement of dignity. Furthermore, the guarantee of the existence of a person, at least in its minimum, is anchored in human dignity.

b) Constitutionalization: the modern Rule of Law concept

(1) The basic Rule of Law concept

The constitution as an expression of values and with the function to organize the exercise of public power is commonly accepted as the very basis of the legal order which directs politics and legislation. The primacy of the constitution has become a consolidated element, even a key pillar of the legal order.

Rule of law means essentially rule of the constitution which manifests the “general will” of the people as the frame for its “specific will” expressed by legislation as a product of politics acting by a parliamentary (or plebiscitary) majority. Politics and therefore legislation have to be realized within the frame of the constitution. Politics are determined by the constitution. These are two separate areas, that of legislation, more generally spoken

⁹ See for a comparative perspective: **Xavier Philippe (ed.)**, *Le juge constitutionnel et la proportionnalité, XXVe Table ronde internationale 2009*, Economica et presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010, p. 87-439.

that of politics, and that of the constitution which are in a complementary relation one to the other. If the legislator trespasses on the area of the constitution, it acts unconstitutional, without authorization.

Such a piece of legislation is therefore an action “*ultra vires*”, without competence and therefore without legitimation. It cannot be regarded as an expression of the general will of the people. The today’s view of the relation between constitution and legislation is clearly put by the classic dictum of the French Conseil constitutionnel: *La loi n’exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*.¹⁰ Rousseau’s dictum (as it appeared in article 6 of the French 1789 Declaration) that “la loi”, the legislation, expresses the general will of the people has now been modernized, updated to the perspective of contemporary constitutionalism.

Rule of law is value-oriented, anthropocentric, in view of the ultimate finality of all law and in particular of constitutional law to protect and promote the human being. It comprises therefore dignity and freedom as the basic principles related to the individual.

(2) *Constitutional justice as the “ultimate perfection of Rule of Law”*

Judicial control of the constitutionality of legislation, more generally of politics is an essential characteristic of the new rule of law concept. Constitutional justice is the “ultimate perfection” of rule of law¹¹ and is essential for its efficiency. The form can be different: the Austrian-European institutionalized model¹² has

¹⁰ Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985.

¹¹ Expression of **Dominique Turpin**, *Le rôle du Conseil constitutionnel dans la protection des libertés publiques en France*, Conference held at the Law Faculty of the University of Regensburg on Febr. 1, 1988, p.1: « ...perfectionnement ultime de l’État de droit ».

¹² See **Herbert Schambeck**, *Hans Kelsen und die Verfassungsgerichtsbarkeit* - in: **Rainer Arnold, Herbert Roth (eds.)**, *Constitutional Courts and Ordinary Courts: Cooperation or Conflict?*, Universitätsverlag Regensburg, 2017, p. 10-21. See also: **Brice Dickson**, *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, OUP, 2007; **Louis Favoreu, Wanda Mastor**, *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011.

spread out in large parts of the world while the American model is still of importance in particular in countries with common law tradition.¹³

Atypical forms are also known. It can be said that there is a significant tendency in contemporary constitutionalism to institutionalize and to intensify constitutional review. Even if the constitution does not explicitly provide a mechanism of constitutional justice, either in the institutionalized form or by assigning it to supreme (or higher) ordinary/administrative courts, the courts themselves tend to feel entitled to apply the constitution as the highest-rank law in the legal order and to disregard the application of the ordinary law deemed to be unconstitutional.¹⁴ This judicial attitude results from the hierarchy of norms and from the meanwhile commonly recognized primacy of the constitution.

Even in the extraordinary case of sacrosanctity of legislation as in UK characterized by the lack of a formalized constitution with primacy over ordinary law the courts realize a rich jurisprudence on constitutional issues other than legislation review. This rather unique sovereignty of Parliament concept¹⁵ is about to be essentially eroded by various political and legal events: by the EU law impact (Factortame!¹⁶) which has ended after Brexit; by devolution¹⁷; by the Human Rights Act which has introduced a constitution-like adaptation mechanism to make legislation conform to the ECHR¹⁸; and finally the use (abuse?) of referendum for basic changes of the country's political and constitutional situation with a politically overriding effect for Parliament¹⁹. Today sovereignty of Parliament, and connected with this, the ban on

¹³ See **Robert G. McCloskey** (revised by **Sanford Levinson**), *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2016

¹⁴ See **Gudrun Haase, Katrin Struger**, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa*, Verlag sterreich, Wien, 2009, p. 229-263.

¹⁵ See **Vernon Bogdanor**, *Beyond Brexit. Towards a British Constitution*, Tauris, London, New York, 2019, p. 51-86.

¹⁶ See **P.P. Craig**, *Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame*, *Yearbook of European Law* 11, 1991, p. 221-255.

¹⁷ **Vernon Bogdanor** (note 15), p. 169-255.

¹⁸ *Ibid.*, p. 135-167.

¹⁹ *Ibid.*, p. 87-112.

judicial legislation review is actually a “matter of theory and not of political fact”, as it was put by Lord Sankey in 1935 in the Coal Corporation case²⁰, a dictum rooted in reality even today much more than at that time.

Furthermore, it can be generally said that constitutional justice has, in tendency, also intensified in its function. It corresponds to the advanced understanding of rule of law which has emerged today that the sphere of politics is no longer regarded as exempt from judicial control; the political question doctrine²¹ is to a large extent not assumed, at least not as a barrier for the judges’ intervention. Of course, political action as far as it is the exercise of discretionary power cannot be judicially reviewed if it does not affect constitutional law. The courts have developed procedural paradigms in this respect such as in particular the necessity that the constitutional law incompatibility must be *evident, manifest*.²²

Above, it was said in a theoretical perspective that constitution and legislation (which belongs to the area of politics) cover two separate and complementary spaces. Constitutional justice examines whether politics trespass on the field of the constitution, and if it does, by adopting unconstitutional legislation, the judges have the competence and even the obligation to sanction this trespass by annulment or the declaration of incompatibility with the constitution. This is not a *negative legislation*²³ but the reconstitution of the requested normative order. It is rectification, correction and not itself political action.²⁴

²⁰ *British Coal Corporation v. The King* [1935] A.C. 500, 520 (H.L.1935)

²¹ See **Caterina Drigo**, *Le Corti Costituzionali tr politica e giurisprudenza*, BUP Bologna, 2016

²² See fort he German FCC **Klaus Schlaich**, **Stefan Koriotoh**, *Das Bundesverfassungsgericht*, 11th ed., C.H. Beck, München, 2018, p. 397-408 (paras. 530–538); see also **Caterina Drigo** (note 21), p. 431-433.

²³ Expression of Hans Kelsen in: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* – in: *Veroeffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 5, 1929, p. 56.

²⁴ See **Rainer Arnold**, *Justice constitutionnelle: contre-pouvoir politique ou juridique?* in: **Rafaa Ben-Achour (ed.)**, *Constitution et contre-pouvoirs*, 2015, p. 53-57.

Rule of law means reconstitution of the normative hierarchy based on the adequate respect of separation of powers. Reconstitution in the above sense cannot be, by its nature, an infringement of this basic element of rule of law. In the cases in which annulment would be incompatible with separation of powers the courts have found a way out: to declare the incompatibility with the constitution and to exhort the legislator to correct the trespass by own action, nowadays regularly connected with a time limit for making the law compatible with the constitution.²⁵

Constitutional justice has developed various *functional dimensions* which reflect the progress of rule of law. These are the functions (1) to “complete” the constitution in the sense that unwritten parts of the constitutional order are made visible, (2) to make the constitution efficient, (3) to adapt the constitution to major social changes which impact the conceptual and value-oriented perceptions of the society, and (4) to comply with the external dimension of rule of law by internationalizing the internal constitutional law.

These functional dimensions of constitutional justice are realized by interpretation. Constitutions as living instruments²⁶, whose existence is regularly determined for an infinite time, undergo changes. For making constitutions suitable for their function as the basic laws of the legal order during all the time of their existence, they have to be further developed. This can be effectuated by the creation of a new constitution, an incisive event for particular historical reasons, furthermore by constitutional reform, and, preponderantly for the field of values, by judicial interpretation. Only this third way, the interpretation of the constitution, is entrusted to constitutional justice. Interpretation has to complete the constitution by formulating existing but not written rules and principles, a process which is and has to be clearly different from constitution-making.

²⁵ For the practice of the German FCC: **Klaus Schlaich, Stefan Koriath** (note 22), p. 338-342 (paras. 431-439).

²⁶ About this quality of a Constitution see **Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre**, 16th ed., C.H. beck München, 2010, p. 43.

The principle of freedom as stated above, is a constitutional key principle which requires the overall protection of the individual against existing and all upcoming threats to freedom. The need for *complementing the written text* of the constitution (which is the mentioned *first function* of constitutional interpretation) is inherent in this principle and authorizes the judges to enlarge by jurisprudence the written fundamental rights catalogue by new specifications of the freedom principle. An example might be the right to data protection, which was not expressly foreseen in the German constitution of 1949, but has been introduced into the constitutional order by the jurisprudence of the Federal Constitutional Court (FCC), which named it right to “informatic self-determination”, a new personality right.²⁷

Complements in this sense can be made by jurisprudence either through reference to a written guarantee which is close to the new right or through reference to the general principle of freedom (which can be written in the text as for example in article 2.1 BL) or unwritten but necessarily inherent in the anthropocentric constitution.

The *second function* of constitutional interpretation is linked to the idea of the *efficiency of the constitution*. The regulatory function of a norm implies its efficiency. A normative regulation shall realize the normative finality with the maximal effect. Efficiency, at least the pursuit of a maximal efficiency lies in the nature of a norm. This can be said also for the constitution, which is particularly dependent, as the fundament of the legal order, from efficiency. As a constitution comprises not only rules but also principles to a significant extent the required effect is insofar not the maximal but the optimal result.

In order to ensure efficiency the principle of freedom and the fundamental rights as specifications of this principle have to be interpreted in a *large, effet utile-oriented way*. Efficiency is not only needed in the field of values but also of institutions. If an institution such as a constitutional court is established by the constitution, its functional efficiency is clearly included in the

²⁷ See the basic decision of the FCC, vol.65, 1 which is the fundament of a rich jurisprudence on the topic.

constitutional provision on this institution. It is therefore unconstitutional to weaken and limit the function of this institution by ordinary legislation. The principle of efficiency has constitutional rank and is an implicit part of what is explicitly written in the constitutional text. As to values, the fundamental rights must be ensured in their functional efficiency in particular by the protection of their essence and by the application of the principle of proportionality in case of fundamental rights restrictions. If these two basic conditions for the fundamental rights efficiency are not written in the constitutional text they have to be developed by jurisprudence as implicit functional freedom guarantees.²⁸

The third function of constitutional interpretation is the adaptation of the constitutional order to major changes in the political, economic and social life circumstances as well as in the value orientation of the society²⁹. These changes take place not only within a State and legal order, but increasingly also at the international level. This is significantly reflected by the tendency to interpret the national fundamental rights in the light of international instruments. The adaptation function is a consequence of the understanding of the constitution as a living instrument of an evolutionary character.

The fourth function of constitutional interpretation intends to conform the internal constitutional order with the international law developments. This function can be understood as a specific category of the before mentioned adaptation function. It is a consequence of the relativization of national sovereignty and the change from the “closed” to the “open State”. This tendency overcomes or at least attenuates the all over dualist perspective. It also takes account of the fact that international law, general as well as treaty law, have binding force on the State which cannot

²⁸ For example, the principle of proportionality has been developed, as an unwritten constitutional principle, by the jurisprudence of the FCC vol.16, 194, 204; vol. 19, 342, 349 and many other decisions.

²⁹ **Reinhold Zippelius, Thomas Würtenberger**, *Deutsches Staatsrecht*, 33rd ed., 2018, § 7/ 64 (p.71).

evade this obligation by asserting that the internal national order can neglect this obligation due to the dualist doctrine.³⁰

c) The internationalization of constitutional law

This leads to the tendency of contemporary constitutionalism which can be described as the internationalization of constitutional law. The constitution is the basis for the national legal order but as the State is embedded in the international community, it regulates also the relation to extra-State law. General principles of international law are regularly introduced directly into the internal legal order with the rank superior to legislation³¹, while specific international law, treaty law, is either treated in the same way³² or, in more traditional systems such as Germany, transformed into national law with the consequence of rank only of ordinary (federal) law³³. Open statehood is a formula often used for describing the German system which declares, in the preamble and in various provisions of the constitution, its respect of and its friendliness towards international law and which has developed in jurisprudence rules of interpretation in its favor.³⁴ This has led to a strong influence of the ECHR on the

³⁰ For this concept see **Madelaine Chiam**, *Monism and Dualism in International Law*, Oxford Bibliographies, last modified 27 June 2018, <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0168.xml>

³¹ See for example Art. 25 German BL, 10 Italian Constitution, 8.1 Portuguese Constitution or 2.1 Greek Constitution.

³² See for example Art. 5.4 Bulgarian Constitution or Art. 55 French Constitution.

³³ See Art. 59.2 BL.

³⁴ This formula has been introduced into German literature by **Klaus Vogel**, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit* (Initial lecture at the University of Hamburg on February 20, 1964), Mohr Tübingen, 1964 and has become a continuous expression in German legal argumentation (see also **Rolf Grawert**, **Bernhard Schlink**, **Rainer Wahl**, **Joachim Wieland (eds.)**, *Offene Staatlichkeit, Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag*, Duncker&Humblot, Berlin, 1995. However, the specific contents of this formula are widely determined by the BL provisions and the jurisprudence of the FCC. For the rule of interpretation “in a friendly manner towards international law” see for example

interpretation of the German fundamental rights; they have to be interpreted in the light of the European Court of Human Rights jurisprudence as far as this is possible according to the traditional interpretation principles.³⁵ Article 1.2 BL, which expresses that “the German people acknowledges the inviolable and inalienable human rights as a basis of every community, of peace and of justice in the world”³⁶ has been used as a tool for linking the national fundamental rights with the Convention rights. By this, even the remedy of the individual constitutional complaint has been extended, modifying the traditional view, to non-compliance with the Convention.³⁷

Open statehood is even more manifest with relation to European integration. More than traditional international law, the law of the European Union has impacted the national legal order, including constitutional law, and has, to a great extent, supranationalized it. German (and the other EU member states’) constitutionalism is heavily exposed to the supranational law of the EU, which has direct effect within and primacy over the national orders of the member states. The fundamental rights charter of the EU claims for application instead of the national constitution if national institutions execute EU law, a rather frequent case. The national constitution is therefore confronted with a competitor at the supranational level.

Integration within the European Union is the strongest form of internationalization: the member state has opened its legal order, has essentially limited its sovereignty and has admitted that

the decision of the FCC of June 12, 2018, /e/rs20180612_2bvr173812en.html/, para. 126 (in the English version of this decision the translation of the German text is “must be interpreted in a manner that is open to international law”, translation which does not completely reflect the German text. The authentic German text speaks of “interpretation of the BL in a manner friendly to international law”).

³⁵ FCC, http://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104en.html/, paras. 62,63.

³⁶ Text in English (translated by Christian Tomuschat, David Carrie, Donald Kommers, Raymond Kerr, together with the translation service of the German Bundestag).

³⁷ Note 35, para. 63.

two sorts of law are valid and applicable on its territory, national and supranational law at the same time.³⁸

Constitutional courts of the member states have got a new task: a) to control the constitutionality of the integration process, (b) to conserve the core of the national constitutional order, that is the national constitutional identity, and, what has been expressed in a very recent jurisprudence by the FCC³⁹, (c) to cooperate in the guarantee of common values, such as the fundamental rights protection.

The issue of the constitutional dimension of the integration process will be examined in more detail on the example of the German constitutional justice which has generated a rich jurisprudence on this highly important constitutional matter.

d) The differentiation of powers.

Further focus on supranationalization

The above-mentioned fourth tendency of contemporary constitutionalism, the differentiation of powers, comprises in a vertical sense the issues regionalism and federalism which seem to assimilate in many countries⁴⁰ as well as the increasing importance of local autonomy.⁴¹ Differentiation of powers in a horizontal sense refers particularly to transnational administration and the weakening of the traditional direct relation between parliamentary legislation and executive action.⁴² These issues cannot be further treated in this context. Preference shall be given to the internationalization of constitutional law in its important specific form of integration within the EU and the rule of constitutional justice in this process, with reference to the example of the German FCC in view of the abovementioned functions.

³⁸ In this sense FCC, vol. 37, 271, 280.

³⁹ http://www.bverfg.de/e/rs20191106_1bvr027617.html; decision of November 6, 2019.

⁴⁰ See **Francesco Palermo and Karl Koessler**, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Hart, Oxford and Oregon, 2017.

⁴¹ See **Andreas Ladner et al.**, *Patterns of Local Autonomy in Europe*, Palgrave Macmillan, 2019.

⁴² See **Sabino Cassese (ed.)**, *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2016.

II. European integration and the role of the Federal Constitutional Court (FCC)

Internationalization of constitutional law is a highly important phenomenon of modern constitutionalism. Its specific form is supranationalization which exists in the system of the European Union.

1. Constitutionality control of the integration process

a) Art. 23 BL as integration norm

As it was pointed out before, the FCC has assumed as its first task to control the constitutionality of the integration process. The German constitution, the Basic Law (BL), permits by its article 23 that Germany takes part in the European Union and is allowed to transfer sovereign powers by Act of the Federal Parliament with the consent of the Federal Council. The requirement is that the European Union complies with basic principles which are fundamental also for the national constitutional order: democracy, rule of law, social and federal principles, subsidiarity as well as the protection through fundamental rights, which is essentially comparable to the protection presented by the BL. These requirements have been introduced into the text of article 23 BL in 1993 as a reaction to the previous jurisprudence of the FCC and to the academic debate on the limits of integration. The previous constitutional norm on integration, article 24 BL, which was the basis for the participation of Germany in creating the first supranational communities in the 50s, permitted the transfer of sovereign rights (“Hoheitsrechte”) to transnational entities without any aggravating conditions. The new article 23 BL assimilated this transfer clause, by a normative reference, to the provision on constitutional reform,⁴³ that is to article 79.2 and 3 BL, requiring a two thirds majority for the foundation of the European Union and also for changes of the integration treaties or similar actions which would change or complement the BL.

⁴³ For the interpretation of Art. 23.1 BL see **Beck**, Grundgesetz/Heintschevon Heinegg, 41 Ed. 1. 5. 2015, GG Art. 23, paras. 1-32.

b) Supranationality, transfer of sovereign rights and the concept of “Association of States”

The background is that the FCC⁴⁴ has recognized the supranational character of the European Community already in the first phase of its existence as it was designed by the Costa/ENEL decision of the ECJ in 1964⁴⁵. The FCC has accepted its autonomous nature as a law *sui generis* created by the transfer of sovereignty rights, a process which has “opened” the formerly closed legal order and admitted the existence of supranational law as non-state law being valid together with national law on the German territory.⁴⁶

It has been accepted by this that not only national law exists on the State territory but also that the legal order is composed of national and supranational law at the same time. The FCC also accepted the further elements of supranationality as developed by the ECJ: the direct normative validity of community law and its primacy over national law.⁴⁷ Also further developments of supranational law, such as the direct applicability of directives, have been confirmed by the FCC jurisprudence⁴⁸. It can be stated that the integration process has been accompanied from the beginning on by the constitutionality control of the FCC and has been regarded, in this first phase of integration, as conform with the national constitution. Integration was understood in the sense of the ECJ. In particular the *sui generis* character of community law was promptly accepted by jurisprudence⁴⁹ and qualified even as a form of constitutional law⁵⁰. The term “supranational” itself was at that time preponderantly used by literature, term derived from the expression of the first integration treaty instituting the European Community on Coal and Steel, which used this term for describing the strict functional independence of the

⁴⁴ FCC, vol 22, 296.

⁴⁵ CJEC, 15. 07. 1964, *Costa v. ENEL*, 6/64.

⁴⁶ FCC, vol. 37, 271, 280.

⁴⁷ FCC, vol. 73, 339, 375.

⁴⁸ FCC, vol. 75, 223, 243.

⁴⁹ FCC vol. 22, 293.

⁵⁰ FCC, *ibid.*

High Authority (the later Commission) from the member states. Later on, in particular in the decisions of the FCC on the constitutionality of the Maastricht Treaty and of the Lisbon Treaty⁵¹, the constitutional jurisprudence took over the word “supranational” and combined it with national view of the European Union as an “Association of States” (“Staatenverbund”), which has an inter-governmental character and in which the member states are the “Masters of the treaties” (“Herren der Verträge”)⁵².

This national characterization of the integration treaties dates back to the FCC judgment on the Maastricht Treaty in 1993, which developed it as a response to the claimant’s query that the European Union (which was founded in that year in its first, pre-supranational form) would in reality be a State and that the creation of a State absorbing the existing Germany would not be allowed by the BL and even not be able to be done by the BL as the existing constitution. The State character of the European Union was denied by the FCC with the main reasoning that the Union does not dispose of the so-called competence-competence but is limited to the competencies transferred by the member states, based on the principle of competence conferral (“compétence attribuée”).⁵³

This view has been upheld until today and has been expressly confirmed in the Lisbon treaty decision though the term supranational was frequently used by the FCC.

c) The concept of “integration responsibility” – The reservations: fundamental rights protection, ultra vires, constitutional identity

The German Acts of approval to the different integration treaties have been regarded, in their quality as German law, as the

⁵¹ However, express reference to this term is also made in the FCC decision Solange II vol. 73, 339, 376.

⁵² FCC, vol. 89, 155: Oct. 12, 1993, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html/C> and CII2a, CIb as well as CII 1a; see also FCC Lisbon Treaty decision vol. 123, 267, 348.

⁵³ FCC vol 89, 155, 187-188, 192, 199, 210-211; vol. 123, 267, 349.

adequate starting points for the control of the constitutionality of the integration process.⁵⁴

The German BL does not only authorize the state institutions but also obliges them⁵⁵ to participate in the integration process. The jurisprudence of the FCC declares the existence of a responsibility of them for integration (“responsibility for integration”, “Integrationsverantwortung”).⁵⁶ This responsibility has the positive side to achieve integration with the means and in the forms foreseen by the BL and the negative side to avoid transgression of the constitutional requirements and integration limits, in particular to safeguard democracy and other constitutional values within the integration process.

The FCC jurisprudence is characterized by the promptness to accept the integration design as developed at the supranational level, in particular by the jurisprudence of the ECJ.⁵⁷ While this adaptation period took place in the initial phase of the integration, the second characteristic aspect is the safeguard of the own constitutional basic elements. There have been applied three major reservations by jurisprudence: the fundamental rights protection reservation (linked to the famous *Solange I* (1973)⁵⁸ and *II* (1986)⁵⁹ decisions), the *ultra vires* reservation (Maastricht Treaty decision 1993⁶⁰) and finally and most importantly the constitutional identity reservation (Lisbon Treaty decision 2009⁶¹).

The *ultra vires* reservation expresses that the supranational institutions shall act within the transferred competencies and not outside of them. By this the FCC only refers to the obligation

⁵⁴ See FCC vol.73, 339, 375-376; vol. 89, 155, 190; vol. 123, 267, 348 et seqq., 402; vol. 126, 286, 302; vol. 134, 366, 384, 142, 123, 188; vol. 140, 317, 336-337; vol. 142, 123, 188. The Act of approval determines the „integration program“ (FCC vol. 123, 267, 398).

⁵⁵ See **Maunz, Dürig, Scholz**, 88. EL, August, 2019, GG Art.23, paras. 50-52.

⁵⁶ FCC, vol. 123, 267, 356; vol. 134, 366, 394 et seqq.

⁵⁷ See in particular FCC, vol 22, 296; vol. 37, 271, 277-278; vol. 75, 223, 243 et seqq.

⁵⁸ FCC, vol 37, 271.

⁵⁹ FCC, vol. 73, 339.

⁶⁰ FCC, vol. 89, 155.

⁶¹ FCC, vol. 123, 267.

to observe what has been agreed upon in the treaty, therefore, to nothing else than the reference to the basic principle of *pacta sunt servanda*. It is therefore not a reservation in a real sense but the reminder of the treaty obligation. However, the FCC applies its own interpretation of the integration treaties what the Court thinks to be legitimized by the quality of the approval act as German law, which defines for the German side the so-called integration program⁶², that gives the details of the integration process to be fulfilled by the supranational institutions. The FCC claims for its competence to interpret the supranational law provisions in question in the concrete *ultra vires* case.

Later jurisprudence of the FCC (Mangold decision, 2010⁶³) has partially relativized this claim by the requirement to get informed of how the supranational side, the ECJ, interprets these provisions through a preliminary question procedure according to article 267 TFEU. However, the final word was reserved for the national Constitutional Court.⁶⁴ These procedural particularities have been later transferred also to the identity reservation⁶⁵ so that the final competence to interpret the supranational law in question remains, according to the view of the FCC, but in contrast to the view of the ECJ, in the hands of the member state.

This is connected with a further consequence which is even more important and rather problematic with respect to the supranational law concepts as developed by the ECJ: the FCC claims also for the right to declare a supranational legal action, for example a regulation, as not applicable in Germany if it is deemed *ultra vires* by the FCC. This ultimate step falls, according with the supranational perspective, within the exclusive competence of the ECJ; this results clearly from ECJ jurisprudence, in particular from the early judgment in the case *Foto Frost* (1987)⁶⁶. The German approach is valid also for the identity reservation and therefore forms a general procedural principle for all types of reserva-

⁶² See note 54.

⁶³ FCC, vol. 126, 286, 304, 307; see also FCC, vol. 134, 366, 383 *rt seq.*, 392.

⁶⁴ FCC, vol. 123, 267, 353; vol. 126, 268, 303-304. See also FCC, vol. 58, 1, 30-31; vol. 75, 223, 235, 242; vol. 89, 155, 188.

⁶⁵ FCC, vol. 123, 267, 353-354.

⁶⁶ CJEU, 22. 10. 1987, *Foto Frost*, C-314/05.

tion in the above-mentioned sense, a principle confirmed by the FCC constitutional jurisprudence⁶⁷, but doubtful with regard to the supranational perspective.

It should be also mentioned that the *ultra vires* position of the FCC as developed in the Maastricht judgment has been mitigated by the already mentioned Mangold (Honeywell) decision of the FCC⁶⁸ which qualified as *ultra vires* only an action which *manifestly and seriously* goes beyond the competence conferred to the supranational institutions in a way that the competence distribution system as such would have been shifted. This pushes further the limits for stating an *ultra vires* action.

The *fundamental rights protection reservation* was formulated in the mentioned 1974 Solange I decision of the FCC⁶⁹ and has been applied in the 1986 Solange II decision⁷⁰, which is still valid also today (with a certain modification by the identity concept of the 2009 Lisbon Treaty decision⁷¹). It is a dynamic reservation which corresponds to the presence or absence of an adequate fundamental rights protection of the individual against supranational interventions which has lost, to a great deal, its dramatic character with the entry into force of the EU fundamental rights charter in 2009. Before the existence of the charter, in 1986, the FCC has regarded, in its Solange II decision, the general principles developed by the ECJ as *in essence functionally equivalent* to the protection standards of the German BL. Equivalence of protection is the reason that supranational (secondary) law executed by German institutions is not examined under the criteria of the German fundamental rights, but is left to the protection by the supranational rights system itself, no matter whether it is unwritten (as in Solange II) or written (from the entry into force of the EU fundamental rights charter on). This concept has been confirmed by the successor jurisprudence of the FCC such as in

⁶⁷ FCC, 123, 267, 400; see also FCC, vol. 89, 155, 174-175; vol. 102, 147, 172 et seqq.

⁶⁸ FCC, vol. 126, 286, 304, 307; referred to by FCC, vol.134, 366, 382 et seqq.

⁶⁹ FCC, vol. 327, 271.

⁷⁰ FCC, vol. 73, 387.

⁷¹ See below.

the decision on the Banana Market in 2000⁷² and has even been introduced into the constitutional law, into article 23.1 BL, the new integration norm. By this, the jurisprudence has been normativized and confirmed.

From the FCC Solange II standpoint identical congruence between national and supranational protection is not necessary; it is sufficient that the supranational protection is *in general* efficient and is *in essence equivalent* to what the BL regards as indispensable for the protection of the individual. The Banana Market decision clearly shows that the applicable concept is the concept which has been developed by the Solange II decision⁷³.

2. The safeguard of constitutional identity

a) The definition of constitutional identity according to Art. 79.3 BL

The second function of the constitutional court in the context of integration is to safeguard the core elements of the national Constitution. The Constitution itself allows and promotes integration, which culminates in the acceptance by the FCC of the direct validity of supranational law and even its primacy over national law, including the constitution.⁷⁴ It is well-known that the supranational perspective of primacy is an absolute one⁷⁵ and does not differentiate between ordinary and basic constitutional norms. The FCC has limited the primacy of supranational over national law in order to safeguard the so-called constitutional identity.⁷⁶

The Court defines identity in accordance with article 79.3 BL, known in Germany as the “eternity clause” (better: intangibility clause) which prohibits the constitutional reform of the princi-

⁷² FCC, 102, 147.

⁷³ FCC, vol. 73, 339, 378-381 (referred by the Banana Market decision II.2.d).

⁷⁴ FCC, November 6, 2019, http://www.bverfg.de/e/rs20191106_1b-vr027617.html, para.54.

⁷⁵ CJEC, 17. 12. 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70.

⁷⁶ FCC, vol. 123, 267, 353-354.

ples mentioned in it: human dignity (Art.1 BL) and democracy, republic, social State, rule of law and federalism (Art. 20 BL).⁷⁷

The orientation on article 79.3 BL for the definition of constitutional identity seems to be due to the text of article 23.1 BL which establishes a normative reference to article 79.2 and 3 BL, the core requirements for a formal constitutional reform. The link between the integration norm and the provision on constitutional reform in the text of article 23.1 BL is based on the fact that the transfer of sovereign powers as authorized by article 23.1 BL is a sort of constitutional reform, not a formal one, but a substantial one.⁷⁸ The drafters of the German constitution decided to exclude certain matters, which constitute the highest values in State and society, from being changed even by a qualified majority. It is due to the historical experience in Germany to be aware that a fundamental change of the constitutional order by a formally correct procedure should be hindered.

A similar barrier is now established also for the integration process. Integration is accepted and even requested by the constitutional order but it shall not override the fundamentals of the Constitution.

b) The claim for the exclusive competence by the FCC in the identity context

Constitutional identity is, in the eyes of the FCC, an essential expression of the sovereignty of the State and cannot be abandoned by a transfer to supranational institutions.⁷⁹ Thus, the ECJ has, in the perspective of the FCC, no power to judge on it finally; the interpretation what constitutional identity is and whether the supranational action is in conflict with German constitutional identity as well as the potential declaration that the supranational action conflicting with identity is not applicable in Germany, remain, in the view of the FCC, at the side of the member state. Before accomplishing the verdict of incompatibility of a supranational norm the FCC has to involve the ECJ for interpretation

⁷⁷ Maunz, Dürig, Herdegen, 53. EL Oktober 2008, GG 79, paras. 59-164.

⁷⁸ See Christian Tomuschat, *Bonner Kommentar Art. 24*, para. 28.

⁷⁹ FCC, vol. 123, 267, 400.

how to understand the supranational action in question. The final word, as already mentioned, is, however, claimed by the FCC.

c) The origins of the identity concept

The concept of constitutional identity, developed in the Lisbon Treaty decision, is not new and was already mentioned in the Solange I decision in 1974, without reference to the eternity clause of article 79.3 BL and evidently before the new article 23 BL, which makes a reference to this clause was created. In 1974 the fundamental rights protection as such was regarded as identifying the constitutional order of Germany, a formulation which has not been kept up in a strict sense in the successive jurisprudence of the FCC⁸⁰ and which is not strictly the same as the formulation of article 79.3 BL. It seems decisive what the text of the eternity clause says, because the FCC clearly defines constitutional identity in accordance with the eternity clause.⁸¹

d) Identity and sovereignty

In the Lisbon Treaty decision the FCC has to a certain extent combined constitutional identity in the sense of article 79.3 BL with the *question of statehood*, the quality to maintain the essential elements of a State notwithstanding the transfer of multiple sovereign powers from the national to the supranational level. Such a transfer impacts, according to the FCC, also democracy as the area of political self-determination of the people through its representatives in Parliament is considerably diminished. This is not only seen as a question of quantity but also of quality, that means the question of which fields of legislation are concerned. The FCC enumerates a number of fields in which the State must remain the principal legislator; it is not admissible "...that not sufficient space is left to the Member States for the political formation of economic, cultural and social living conditions"⁸².

⁸⁰ Callies, p. 240-242 (part 3/55-57).

⁸¹ Rightly Callies, p. 241 (part 3/57).

⁸² English translation of the Lisbon Treaty decision, http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html, para. 249.

The FCC points out:

“Particularly sensitive for the ability of a constitutional state to democratically shape itself are decisions on substantive and formal criminal law (1), on the disposition of the monopoly on the use of force by the police within the state and by the military towards the exterior (2), fundamental fiscal decisions on public revenue and public expenditure, the latter being particularly motivated, *inter alia*, by social policy considerations (3), decisions on the shaping of living conditions in a social state (4) and decisions of particular cultural importance, for example on family law, the school and education system and on dealing with religious communities (5)⁸³.

This enumeration is strongly criticized⁸⁴. The constitution does not allow to transfer one of these fields completely to the supranational lawmaker. Democracy, as a principle indicated in article 20 BL would be infringed as well as Art. 79.3 BL and by this Germany would even lose her quality as a State if it would abandon the principal political and legislative determination insofar. For integrating Germany into a supranational (federal) State a new constitution would be necessary. The existing BL would not be a sufficient legal basis for such a step.⁸⁵

e) Doubts about the FCC identity concept

However, the perspective of the FCC on constitutional identity seems to be questionable in various respects. Constitutional identity is not cemented by article 79.3 BL: as the Constitution is a living instrument, also constitutional identity undergoes changes and develops further. The FCC restricts the interpretation of the eternity clause to the concept established in 1949 in the moment of the entry into force of the BL by the rather formal argument that this provision has an exceptional character limiting the sovereignty of the people.⁸⁶

⁸³ Ibidem, para. 252; see also **Callies**, part. 3/62 (p. 243).

⁸⁴ See **Callies**, part 3/67 (p. 246-247) with further literature references.

⁸⁵ FCC, (note 79), para. 263.

⁸⁶ See FCC, vol. 30, 1, 25 and **von Coelln**, *Art. 79 para. 9* – in: **Christoph Groepl, Kay Windthorst, Christian von Coelln**, *GG*, C.H.Beck, München, 2013.

Essential elements of the German constitutional order, such as constitutional justice, in particular the individual constitutional complaint, the strictly representative system at the federal level, or open statehood, specifically with the particular openness towards supranational law, would not be included in the eternity clause if identity is conceived in a strict, cemented form neglecting the evolutionary character of a constitution.⁸⁷

Furthermore, there is the unresolved problem of the relation between national constitutional identity and article 4.2 Treaty on the EU (TEU), which guarantees to respect of national identity (including constitutional identity) of each of the member states. It must be entrusted to the national constitutional courts to define what national constitutional identity is but the decision on the EU law impact must necessarily lie in the hands of the ECJ. The supranational court must have the final word on the interpretation of the EU (secondary) law which is suspected by the national constitutional court to be against constitutional identity.

Furthermore and importantly, the ECJ must have the final power to decide on the compatibility of this law with the EU national identity clause expressed by article 4.2 TEU⁸⁸ and potentially to stop it (by annulling or declaring it not applicable). It is also up to the supranational court to interpret what national identity in the sense of article 4.2 TEU, that means what identity in the EU perspective is. It seems that the ECJ has to develop general principles of EU law indicating which national constitutional elements fall within the EU identity concept and can be accepted a request of a member state's constitutional court.

The procedural link between national constitutional court and ECJ is article 267 Treaty on the Functioning of the EU (TFEU), the preliminary question procedure. The national constitutional court is obliged to address the ECJ for interpretation of the EU legal act in question and for blocking up its applicability in the

⁸⁷ See **Rainer Arnold**, *L'identité constitutionnelle allemande – Un nouveau concept jurisprudentiel*, *Constitutions*, Dalloz, Paris, 2017, p. 515-526.

⁸⁸ See **Marcus Klamert**, *Art. 4 TEU paras. 19 – 25* - in: **Manuel Kellerbauer, Marcus Klamert, Jonathan Tomkin (eds.)**, *The EU treaties and the Charter of Fundamental Rights. A commentary*, OUP 2019.

member state. The German FCC takes into consideration also article 4.2 TEU⁸⁹ but claims for the last word in the defense of the German constitutional identity.

f) Identity and democracy – the “right to democracy”

The FCC has furthermore individualized the defence against the deficits of the integration process by establishing a “right to democracy” which is formally based on article 38.1 BL, the guarantee of the right to vote to the Federal Parliament, a subjective constitutional right which can be invoked through an individual constitutional complaint. This argumentation, presented for the first time in the Maastricht decision in 1993, has been confirmed by the Lisbon Treaty decision in 2009. The OMT decision of the FCC of June 21, 2016⁹⁰ formulates it very clearly. The transfer of sovereign powers to and their exercise by the supranational institutions reduce the powers of the national parliament and impact functionally the right to vote of the citizens. Based on this argument, the right to democracy covers a too far reaching or not clearly determined transfer of sovereign powers to the supranational institutions, furthermore their potential ultra-vires exercise of transferred powers and finally also constitutional identity which comprises the aspect of democracy through the reference of article 79.3 BL to article 20.1 BL.⁹¹

3. The cooperation of national constitutional and supranational court for ensuring common values

The FCC has very recently established a new dimension of the “responsibility for integration” by assuming the guardianship for

⁸⁹ FCC (note 21), para. 240.

⁹⁰ FCC, http://www.bverfg.de/e/rs20160621_2bvr272813en.html, paras. 81-84.

⁹¹ **Callies** (note 80), para 63a. Democracy was also in question in a case concerning the Federal Parliament’s budgetary right. Democracy is realized by politics which need financial means. The budget function of Parliament is therefore a genuine democratic function and belongs to constitutional identity, as the FCC expressed (FCC, vol. 129, 124).

the adequate accomplishment of the fundamental rights protection by the EU Charter.⁹²

As it is known, the EU Fundamental Rights Charter is applicable for the member states' institutions if they execute EU law. This is a consequence of the primacy of EU law over national law and is expressed by article 51 of the EU Charter. However, the interpretation of this provision is to some extent diverging between the perspective of the ECJ and of the FCC. The supranational position is essentially determined by the position of the ECJ in the decision *Akerberg-Fransson*⁹³, the German position determined by the judgment in the counterterrorism database case of April 24, 2013⁹⁴. The German perspective, which requires that the German legal act is "determined" by EU law⁹⁵ is more restrictive than that of the ECJ.

Procedurally the FCC has made an important, even revolutionary change: until now the only review criterion for the FCC is the BL itself. For the admissibility of an individual constitutional complaint ("Verfassungsbeschwerde") a fundamental right (or a further constitutional right enumerated in article 93.1 no. 4a BL) must be invoked by the complainant. The following review by the FCC exclusively refers to the question whether such right is infringed. Neither directly a right of the ECHR nor a right entrenched in the EU Fundamental Rights Charter could have been applied, until now, by the FCC.

The new jurisprudence has established a concept which is based on the traditional *Solange II* position but further developed by defining the task of the FCC, and in particular the function of the individual complaint, to guarantee in a comprehensive way the protection by fundamental rights as far as German institutions exercise public power.⁹⁶ It seems that the FCC understands

⁹² FCC, http://www.bverfg.de/e/rs20191106_1bvr027617.html.

⁹³ CJEU, 26. 02. 2013, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10.

⁹⁴ FCC, http://www.bverfg.de/e/rs20130424_1bvr121507en.html.

⁹⁵ In the FCC decision of November 6 (note 91) it is stated that the EU Charter is applicable instead of the German BL if the provisions which are relevant in the concrete proceedings are "completely harmonized by EU law" (para. 33).

⁹⁶ FCC (note 94), para. 53.

the protection function in favor of the individual as the primordial finality of this constitutional remedy and not formally the protection of the national constitution. The link to the constitution is its alternative relation with the Charter.

The protection function is in both hands, in that of the BL and in that of the Charter. This is a consequence of the integrated legal order of the EU member state which comprises two types of norms, the national as well as the supranational norms, and which accomplishes the fundamental rights protection by two (alternative) systems, while the persons to be protected are the same.

It is evident that the protection as a whole must be efficient, a requirement which results from the basic principle of freedom, which is the fundament of both orders, the supranational as well as the national order. The cooperation of the institutions of both orders is necessary; they have the subsidiary function to ensure efficiency of the protection one to the other. The dual character of the member state's legal order requires in a particular way mutual assistance and solidarity. It seems that the principle of loyal cooperation⁹⁷ laid down in article 4.3 TEU, a principle inherent in a community system and addressed both to the community and the community members, legitimates and even demands a judicial guarantee as it has been expressed by the new FCC jurisprudence.

The concept of the *responsibility for integration* is recognized in its double dimension of defense: against an unconstitutional impact of supranational law and also against non-compliance with supranational law. This corresponds to the double dimension of article 23.1 BL, to realize integration and to limit integration. Realizing integration comprises also to support the application of EU law by national institutions, including the judiciary. This cooperation function is also consequence of the understanding of the EU fundamental rights as a "functional equivalent" to the national fundamental rights.⁹⁸

In a conclusion, it can be said that the new task of constitutional justice as formulated in the recent jurisprudence is a necessary consequence of EU loyalty principle. With progressing in-

⁹⁷ See **Marcus Klamert**, *The Principle of Loyalty in EU Law*, OUP 2014.

⁹⁸ *Ibid.*, para. 59.

tegration this principle is increasingly accepted by the member states and transformed into their own traditional systems.

General conclusion

Contemporary constitutionalism is anthropocentric, individual-oriented and based on constitutional values. This cannot be denied, despite of the growing number of so-called illiberal democracies and disguised totalitarian systems.

The dynamic development of constitutionalism is due to constitutional justice. The emergence of international values, in particular of human rights, has a considerable impact on national constitutional thinking which, itself, impacts reciprocally the international level and promotes the phenomenon of the universalization of constitutional law. A particular dynamic is inherent in supranational systems such as the EU, which has even a significant reinforcing and in part even substitutive effect on the member states' constitutionalism.

КОНСТИТУЦИОННАЯ ИДЕНТИЧНОСТЬ: ДОКТРИНА И ПРАКТИКА

В. Д. Зорькин

1. Актуализация проблемы конституционной идентичности

Понятие конституционной идентичности в российской конституционно-правовой практике появилось совсем недавно. Впервые оно было использовано в постановлении Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П, а затем в постановлении от 16 апреля 2016 г. – в связи с вопросом о возможности исполнения постановления Европейского Суда, посчитавшего, что норма российской Конституции, которая запрещает участие в выборах для лиц, содержащихся в местах лишения свободы по приговору суда, не соответствует Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Доктринальные подходы к данной проблеме начали формироваться значительно раньше (толчком послужило известное дело «Маркин против России»). Определенное влияние на разработку соответствующей доктрины оказала зарубежная правовая практика.

Однако главным фактором, обусловившим формирование доктрины конституционной идентичности России, стали особенности мирового политического и правового развития последних лет, которые стимулировали интерес к соответствующей интерпретации российской Конституции. И прежде всего, текста ее Преамбулы, где характеристика России как части мирового сообщества соседствует со словами о том, что народы России соединены общей судьбой на своей земле, что они чтут память предков и несут ответственность за свою Родину перед будущими поколениями россиян.

Что понимается под конституционной идентичностью государства

В доктрине и практике конституционных судов нет единства в понимании национальной конституционной идентичности. В пояснение данной ситуации следует отметить, что хотя концепция конституционной идентичности в науке еще недостаточно разработана, тем не менее ведущие специалисты не ограничивают трактовку данного понятия лишь буквой Конституции.

Так, американский профессор М. Розенфельд отмечает, что в термин «конституционная идентичность» можно вкладывать совершенно различное содержание: от положений конституции как писаного документа, включая, например, основы федеративного устройства, до взаимоотношений конституции и культуры соответствующего социума, что предполагает включать в конституционную идентичность также и иные идентичности, например религиозную, национальную или идеологическую.

Французский профессор Мишель Тропер (*Michel Troper*) полагает, что конституционная идентичность проявляется в сущностных принципах конституции; эти принципы образуют основу всех других ее норм и служат для охраны самой конституции, в том числе в случаях опасности нарушения связи между самой конституцией и людьми или народом, которым она призвана служить¹. Данный подход представляется наиболее подходящим для анализа феномена конституционной идентичности.

Следует обратить особое внимание на последний тезис процитированного высказывания, по смыслу которого конституционная идентичность – это то, на что можно сослаться для сохранения «связи между самой конституцией и людьми или народом, которым она призвана служить».

В данном контексте *конституционная идентичность как понятие означает выраженную прежде всего в основах*

¹ **Michel Troper.** Behind the Constitution? The Principle of Constitutional Identity in France, in **Andras Sajó** and **Renata Uitz** (eds.) *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, 2010.

(принципах) конституционного строя суть (этнос) нации-государства в социокультурном контексте общих закономерностей и специфических особенностей исторического развития страны. Концепция национальной конституционной идентичности позволяет определять наиболее значимые положения Конституции и основанного на них национального правового порядка и служит сдерживающим фактором, правовой преградой на пути непредсказуемой активистской экспансии со стороны наднационального регулирования.

Для пояснения смысла этого тезиса я хотел бы сказать несколько слов о тех социокультурных различиях в ментальности, которые существуют между западными обществами и Россией. В плоскости правового сознания эти различия фокусируются в подходах к осмыслению такой ключевой для общественного сознания категории, как общее благо.

На Западе общее благо традиционно рассматривалось как условие блага каждого отдельного индивида. Причем в последние десятилетия в правовой теории и практике эта категория все больше отходит на задний план, уступая место либерально-индивидуалистической трактовке прав человека. А в российской культурной матрице понятие общего блага всегда занимало и продолжает занимать гораздо более существенное место. Что, кстати, нашло отражение и в тексте нашей Конституции, где есть норма ч. 3 ст. 55, согласно которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены законом «в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Таким образом, в качестве основания для ограничения свободы человека в Конституции выступают не только права других лиц, но и конституционные ценности, которые можно обозначить как ценности общего блага. Понимание нашим обществом именно этих ценностей и составляет основное смысловое наполнение понятия конституционной идентичности народа и государства. И очевидно, что Конституцион-

ный Суд в своих решениях и правовых позициях не может игнорировать это принципиально важное обстоятельство.

В контексте проблем, связанных с разработкой доктрины конституционной идентичности, хочу подчеркнуть, что в основе данного понятия лежит признание того обстоятельства, что понимание права (и прежде всего прав человека) в том или ином социуме и государстве – это результат общественного согласия в вопросе о том, что есть человек и в чем состоит его человеческое достоинство. Если принять этот тезис, то надо признать следующие вытекающие из него моменты: во-первых, общественное согласие в вопросе о правах человека в различных государствах имеет социокультурную специфику; во-вторых, это именно общественное согласие, которое устанавливается большинством общества и устанавливается для большинства.

Я вовсе не имею в виду, что доктрина конституционной идентичности ориентирована лишь на защиту прав большинства. Но хочу подчеркнуть, что права меньшинств могут быть защищены в той мере, в какой большинство с этим согласно. Если «продвинутая» в правовом отношении часть общества полагает, что большинство недостаточно делает для защиты меньшинств, то она (эта «продвинутая» часть) должна найти способы словом и делом убедить большинство в необходимости правового совершенствования. Это сложная, неблагодарная работа, не рассчитанная на быстрый успех. Но другого пути, к сожалению, нет. Потому что попытка навязать тому или иному обществу не свойственные ему представления о достоинстве человека и правах тех или иных меньшинства может быть эффективна лишь в весьма ограниченных пределах.

И это относится не только к России. Ведь тот всплеск популизма на Западе, с которого я начал обсуждение данной темы, в значительной степени обусловлен недооценкой мнения большинства и ущемлением его прав.

Продолжая эту линию рассуждения, логично задаться вопросом: что же в таком случае является общим формально-нормативным критерием «правильного» и «неправиль-

ного» толкования и международного соглашения, и конституционного текста? Очевидно, что политическая целесообразность таким критерием служить не может. Более спорным ответом была бы концепция убеждений судей, которые, безусловно, могут влиять на принимаемое решение, но измерить это влияние или даже уместить его в строго правовые рамки вряд ли возможно: нужно учитывать и социальные, и психологические, и иные факторы. Ответ же представляется вполне определенным. Руководствоваться при принятии решений судебными органами необходимо принципом добросовестности.

Принцип *bona fides*, сложившийся в римском частном праве как принцип договорного права, в наши дни все увереннее заявляет о себе в качестве правового принципа также в сфере международных и наднациональных отношений. Правовой характер этому принципу придает его внутренняя взаимосвязь с общеправовым принципом равенства и вытекающим из него конституционным принципом справедливости. *Bona fides* в качестве принципа добросовестного сотрудничества государств, согласившихся принять юрисдикцию межгосударственного органа, предполагает как верность договору (в том виде, в каком он был согласован) со стороны его участников, так и обязательство межгосударственного органа учитывать обоснованные ожидания всех участников соответствующего международного договора и, следовательно, действовать в соответствии с общими принципами права.

И в этом смысле данный принцип является одним из выражений равноправия участников международного соглашения. С позиций данного принципа очевидно, что, когда одно государство становится более пристальным объектом критики по сравнению с другими (при прочих равных условиях) либо когда межгосударственный орган начинает исполнять свои уставные функции с оглядкой на политические, а не правовые соображения, принцип добросовестности нарушается.

На мой взгляд, эти идеи уместно использовать в дискуссиях о соотношении юридической силы Конституции РФ и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, поскольку интерпретация Конвенции Европейским Судом иногда – вопреки требованиям равенства и добросовестности – меняет условия этого межгосударственного договора.

Доктрина конституционной идентичности, над которой всем нам еще предстоит много работать, может служить тем «водоразделом», который потенциально способен отделить приемлемые и подчас желанные изменения внутреннего конституционного правопорядка, инспирированные, например, наднациональным органом по защите прав человека, и те принципы, которыми государства, признавшие обязательную юрисдикцию подобных органов, поступиться не могут. Данная доктрина предполагает нетекстуальную трактовку конституционных изменений, в том числе использование достижений современной герменевтики, которая уже давно вышла за пределы толкования исключительно текстов.

Из этой доктрины вовсе не следует, что каждый факт несоответствия между нормами международного права и национальными правоустановлениями является покушением на конституционную идентичность. В защите нуждаются особо значимые правовоположения, составляющие системообразующее ядро национального правопорядка. Очевидно, далеко не все правовые традиции входят в указанное ядро. Поэтому нам необходима методология распознавания как «ядерных» правовых традиций, разрушение которых означает утрату идентичности, основанной на верховенстве права, так и тех стереотипов общественного сознания, которые являются примером правовой инерции или даже анахронизмом.

Факторы, повлиявшие на актуализацию проблемы конституционной идентичности государства

Проблема национальной конституционной идентичности заметно актуализировалась под воздействием двух актуальных для последнего времени тенденций: 1) возрождения

и распространения популистской идеологии, охватившей современные развитые общества по всему миру, и 2) возрастания противоречий между национальными и наднациональными судебными системами, все более заметного в разных регионах мира.

Наиболее очевидной (лежащей на поверхности политической жизни) тенденцией последнего десятилетия является распространение по всему миру популистской идеологии как левого, так и правого толка. Популизм связан с кризисом характерного для послевоенного мироустройства либерального миропорядка, ценности которого в свете глобальных событий теряют свою былую значимость. Одним из следствий такой смены ориентиров развития является наметившийся возврат государств и наций к своим традиционным ценностям, что не может не отражаться и на праве. В доктринах и правовых позициях, на которые опираются органы конституционного контроля при взаимодействии с межгосударственными судебными органами, проблеме национальной конституционной идентичности уделяется все большее внимание.

Примеры, подтверждающие факт широкого популистского поворота, хорошо известны. В русло популистской тенденции, охватившей в разной степени большинство развитых государств, вполне укладываются: решение, принятое на референдуме в Соединенном Королевстве, о выходе страны из Европейского Союза; избрание президентом США Дональда Трампа; второе место на парламентских выборах 2017 г. в Нидерландах «Партии свободы» Герта Вилдерса. Данный ряд можно продолжать примерами из Франции, Польши, Италии.

Но с точки зрения права интересен не сам по себе популизм, а то, что за ним стоит. Ведь популизм – это всего лишь манипулирование массовым сознанием, использующее вполне естественное стремление человека к благополучию. А конкретнее – это такое манипулирование, которое строится на обещании простого решения сложных проблем, обращенном к так называемому простому, рядовому челове-

ку. Популизм усиливается в переломные моменты истории, когда действующие элиты и существующие политико-правовые институты не могут справиться с новыми вызовами и не способны решать встающие перед людьми проблемы.

А мы живем в эпоху серьезнейших тектонических сдвигов всей системы мироустройства, порожденных процессами глобализации, которые несут в себе не только благо, но также огромные риски и уже вполне очевидные издержки. Эти риски и издержки касаются рядовых людей во всех регионах мира, хотя и проявляют себя по-разному. Для стран, не входящих в число лидеров технологического прогресса, глобализация несет в себе риск закрепления их периферийности, а в некоторых случаях – и полной маргинализации.

Приводимые в публикациях ООН данные свидетельствуют, что на долю богатейшего 1% мирового населения приходится больше доходов, чем имеют беднейшие 57%. Эксперты все чаще говорят не о наступлении богатых на права бедных, а о противостоянии сверхбогатых всему остальному миру, об ускорении роста глобального неравенства и о его наиболее вопиющих проявлениях, связанных со сверхпотреблением одних и нищетой других. Даже в относительно благополучных развивающихся странах по рядовому человеку болезненно бьет ослабление регулирующей роли государства (неизбежное в условиях глобализации), т. е. ослабление социальной политики в области здравоохранения, образования, пенсионного обеспечения, борьбы с безработицей, бедностью и т. д.

Аналогичные проблемы, хотя и в значительно меньшей степени, встают перед гражданами государств, относящихся к лидерам глобализации. Но здесь возникают и свои собственные проблемы, связанные с миграционным давлением на социальную сферу этих государств, с ростом террористической угрозы, с опасной нестабильностью финансовых отношений в условиях бесконтрольной глобализации финансовых рынков, повышением социально-экономической дифференциации общества, с ухудшением окружающей среды и т. д.

Все это вызывает стремление противопоставить стихийным процессам социокультурной глобализации понимание (пусть и упрощенное) собственной специфики, не поддающейся универсализации. Отсюда всплеск потребности широких масс в формулировании своей религиозной, национальной или региональной (например европейской) идентичности, возврат к традиционным ценностям, стремление предотвратить размывание национально-государственного суверенитета как гаранта сохранения этих ценностей и т. д.

Особенно остро все эти проблемы встают на постсоветском пространстве. Как писал в начале 90-х гг. прошлого века американский социолог Мануэль Кастельс, осуществивший серию исследований в России, «русский народ и народы бывших советских обществ должны будут пройти через восстановление своей коллективной идентичности в мире, где потоки власти и денег пытаются дезинтегрировать возникающие экономические и социальные институты еще до того, как они окончательно оформились, чтобы поглотить эти институты в своих глобальных сетях. Нигде идущая борьба между глобальными экономическими потоками и культурной идентичностью не является более важной, чем на обширном пустыре, созданном коллапсом советского этатизма».

На перечисленные риски и издержки глобализации накладывается недовольство граждан экспансией наднационального регулирования (в том числе и в сфере защиты прав и свобод человека), демократический дефицит которого становится все более очевидным. Под демократическим дефицитом здесь понимается отсутствие у граждан полноценной возможности влиять на принятие решений в тех сферах, где они традиционно считают свой голос значимым (например, в вопросах объединения в союзы с другими государствами, передачи компетенции наднациональным органам, открытия границ, влияния на процессы назначения судей в наднациональные судебные органы и т. д.). Именно демократический дефицит структур, осуществляющих наднациональное правовое регулирование, является одним из

факторов усиления популизма, традиционно апеллирующего к демократии большинства.

Особо следует выделить проблему демократического дефицита наднациональных органов по защите прав человека, в том числе и Европейского Суда по правам человека. С момента вступления в силу 11 Дополнительного протокола к Конвенции о защите прав человека и основных свобод ЕСПЧ получил все формальные возможности для того, чтобы целенаправленно изменять конвенционную систему и более свободно воплощать в жизнь свою активистскую позицию, для чего Суд использует разного рода теоретические обоснования и конструкции – от доктрины европейского консенсуса и пределов усмотрения государств до понимания Конвенции как «живого инструмента». При этом влияние граждан европейских государств на сам Суд практически сведено к минимуму, что, с одной стороны, позволяет обеспечить независимость данного органа, но, с другой стороны, делает его оторванным от реальных социальных потребностей и от реального консенсуса, который имеет место в обществах.

И здесь я подхожу к другой объективной тенденции глобализации, способствующей актуализации проблемы конституционной идентичности, а именно к тенденции расширения наднационального регулирования в сфере защиты прав человека и возрастания активизма межгосударственных судебных органов.

Признавая объективной характер этой тенденции, хочу тем не менее еще раз обратить внимание на то, что она уже опасно расходится с Вестфальской системой международного права, ставящей во главу угла принцип национального суверенитета. Я не раз говорил о том, что бездумное разрушение Вестфальской системы – это разрушение международного права, которое в обозримой перспективе может сохраняться прежде всего как итог согласия, достигнутого на межгосударственном уровне.

В контексте рассматриваемой темы хотел бы прежде отметить, что любые нормы международного права, гарантируемые наднациональными структурами, остаются про-

дуктом согласия (согласования воль) государств. А согласие государств – понятие вовсе не однозначное. При всей объективности тенденции к расширению наднационального регулирования характер осуществления этой тенденции на практике в немалой степени зависит от того, что понимается под согласием государств, лежащим в основе международного права. Сказанное в полной мере относится и к международному праву прав человека: это такой же результат согласия суверенных государств по поводу содержания прав человека и обязанностей по их защите.

В международном праве распространен взгляд, в соответствии с которым международное право прав человека – это нормы обычного права с неопределенным содержанием, которые государства однажды признали для себя обязательными, причем признание это было «безоговорочным и вечным». Отсюда выводится возможность расширения содержания подобных международно-правовых норм в результате трактовки их наднациональными судебными органами, и невозможность для государств оспаривать эти трактовки.

Но есть и другой взгляд на согласие государств как фундамент международного права, подразумевающий, что в основе такого согласия государств лежит согласие народов, которые, в духе теорий общественного договора, признают необходимость ограничения суверенитета государств и придания обязательной конституционной силы международным нормам по защите прав человека. Данный подход более чувствителен к тем трактовкам международно-правовых норм, которые дают наднациональные (прежде всего судебные) органы, поскольку он предполагает оценку этих трактовок с позиций правовой, прежде всего конституционно-правовой, идентичности народов.

Именно этот подход становится все более востребованным в свете упомянутых вызовов глобализации. Во всяком случае, есть основания утверждать, что все большее место в доктринах, на которые опираются органы конституционного контроля по всему миру, уделяется соображениям национальной конституционной идентичности.

Очевидно, что в большинстве случаев деятельность международных судебных органов, призванных гарантировать соблюдение международных договоров государствами-участниками, не вызывает противоречий и недовольства государств. Вместе с тем, как отмечают исследователи, возникновение института наднационального судебного контроля привело к одному важному последствию, которое периодически приводит к конфликтам двух систем, – нарушению монополии национальных судебных органов на определение значения и роли международного права в национальной правовой системе.

Это, в свою очередь, ставит высшие национальные судебные органы перед выбором – рассматривать национальный конституционный правопорядок в подчиненном положении по отношению к нормам международного права или нет. Данный вопрос не является простым выбором между монистической или дуалистической системой международного права. Ответ на него мотивирован национальным отношением к праву, традициям и роли судебного конституционного контроля, которое сложилось исторически. Вместе с тем такой ответ для большинства государств вполне очевиден – национальное конституционное право в том виде, как его толкует национальный конституционный суд, имеет приоритет над наднациональным толкованием, но как обосновывается такой вывод и как к нему приходят национальные судебные органы, столкнувшиеся с таким конфликтом, – зависит от каждой конкретной страны и от каждой конкретной ситуации, делая невозможным наличие единого универсального рецепта, что, тем не менее, не мешает рассмотреть некоторые общие тенденции.

Заметное влияние на актуализацию проблемы национальной конституционной идентичности оказало возрастание активизма межгосударственных судебных органов по защите прав человека, в том числе посредством правотворческого «эволютивного» толкования международных (межгосударственных) договоров и связанных с этим коллизий

с толкованием национальных конституций в решениях конституционных судов и их аналогов.

В рамках Совета Европы этому способствуют и определенные сомнения в правовой природе того европейского консенсуса, который обычно лежит в основе решений Европейского Суда по правам человека. Если подходить к оценке консенсуса с точки зрения либерально-демократических принципов, составляющих философскую основу Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, то не означает ли следование консенсусу как раз то навязывание воли большинства меньшинству, от которого Конвенция призвана защитить? Ведь Суд сам неоднократно подчеркивал, что в демократическом государстве нужно обеспечить баланс между справедливым и надлежащим обращением с меньшинствами и избегать любых злоупотреблений доминирующим положением.

Существуют вполне обоснованные сомнения и по поводу бесспорности такой интерпретации согласия государств, подписавших Европейскую конвенцию, которая предполагает нынешнюю активистскую позицию ЕСПЧ. Уже начиная с 70-х гг. XX в. государства – участники Конвенции начали возражать против излишне активистского характера деятельности ЕСПЧ.

Например, в 1973 г. в деле «Голдер против Соединенного Королевства» рассматривался вопрос о правах заключенных (*Golder v. United Kingdom* (1973) *Series B No. 16*). Заявитель пытался подать гражданско-правовой иск о клевете против одного из своих стражников, для чего ему было необходимо воспользоваться помощью адвоката, в чем ему было отказано национальными властями. Тогда Голдер обратился непосредственно в Европейскую комиссию по правам человека (служившую тогда фильтром перед тем, как обращения поступали на рассмотрение Европейского Суда), с чем власти Соединенного Королевства не согласились. Они настаивали, что в отношении ЕСПЧ должен соблюдаться так называемый принцип *Lotus* (Решение Постоянного Суда международного правосудия по спору между Францией и

Турцией (*France v. Turkey*) (1927) *P. C.I. J., Ser. A, No. 10*), в соответствии с которым, как утверждало государство-ответчик, Конвенция должна толковаться узко, как соглашение между государствами, предусматривающее добровольное ограничение суверенитета государства, но лишь в межгосударственных отношениях. Однако ЕСПЧ истолковал положения Конвенции иначе. Он нашел, что право на справедливый суд (ст. 6 Конвенции) гарантирует *inter alia* и право на доступ к ЕСПЧ. Суд при этом сослался на положения преамбулы к Конвенции и принцип верховенства права. Данное дело было одним из первых в ряду сотен дел ЕСПЧ, расширивших содержание Конвенции до тех весьма условных пределов, которые существуют сейчас и которые, даже несмотря на предполагаемое закрепление принципа субсидиарности в подписанном в 2016 г. Россией Дополнительном протоколе № 15, скорее всего будут и дальше расширяться.

Европейская конвенция по защите прав человека и основных свобод как договор суверенных государств, входящих в Совет Европы, представляет собой совокупность в высшей степени абстрактных норм-принципов, гарантирующих фундаментальные личные, политические права человека. Европейский Суд по правам человека, созданный как субсидиарный межгосударственный орган по защите этих прав (что официально подтверждено Протоколом № 15 к Конвенции), уполномочен давать официальное толкование Конвенции, которое для государств-участников носит обязательный характер. Посредством так называемого эволютивного толкования Конвенции как «живого инструмента» ЕСПЧ конкретизирует ее положения, «расширяет» их нормативное содержание, осуществляет приращение правовой «ткани», а по существу – на основе собственной трактовки конвенционных норм-принципов – создает новые правовые нормы. Например, долгие годы ЕСПЧ не признавал противоречащим Конвенции национальное законодательство, лишавшее заключенных права избирать и быть избранными на всеобщих выборах. Но затем в постановлениях, принятых

против Соединенного Королевства и России (2013 г.), Суд предписал необходимость дифференцированного подхода.

Очевидно государства, рассчитывавшие в момент подписания Конвенции на то, что они сами будут устанавливать «правила игры», просчитались и не смогли предусмотреть потенциал Суда, с созданием которого они согласились. К настоящему времени судейский активизм, практика эволютивного толкования Конвенции, принцип консенсуса в том виде, как он понимается ЕСПЧ, – все это уже настолько укоренились в его деятельности, что даже официальное закрепление в Дополнительном протоколе № 15 принципа субсидиарности данного Суда вряд ли сможет его ограничить.

Творческое эволютивное толкование уполномоченными наднациональными судебными органами международных нормативных правовых актов и связанная с этим возможность коллизии международных актов в подобном истолковании с национальными нормативными правовыми актами, включая конституции, – это проблема, которая может быть поистине ящиком Пандоры.

Проблема коллизии толкований обостряется в связи с тем, что ЕСПЧ занимает достаточно жесткую позицию, согласно которой при оценке национальных нормативных актов на предмет их соответствия нормам Конвенции в их истолковании Судом не делается различие между ординарным законом и конституцией (основным законом) государства. Тем самым нормы Конституции ставятся в иерархическое подчинение по отношению к нормам Конвенции в их «эволютивной» интерпретации ЕСПЧ.

В то время как конституционные суды при разрешении коллизий с наднациональными судебными органами руководствуются принципами верховенства Конституции и ее высшей юридической силы в системе нормативных правовых актов государства, в том числе и по отношению к соответствующим ратифицированным международным договорам. При этом в каждом конкретном случае, разумеется, важен практический результат соответствующего толкования, а именно – каким образом разрешается (и разрешается

ли) возникший конфликт толкований конституционного и межгосударственного суда.

Международное признание идеи конституционной идентичности государства

Идею конституционной идентичности в той или иной мере используют органы конституционного контроля по всему миру для обоснования наиболее сложных решений, в том числе органы конституционного контроля Индии, Ирландии, ФРГ. При этом конституционные суды исходят из того, что именно писаная конституция является квинтэссенцией конституционной идентичности нации.

Например, Верховный Суд Индии в деле *«Minerva Mills Ltd. v. Union of India»* от 31 июля 1980 г. подчеркнул, что «Конституция – это драгоценное наследие, идентичность которого невозможно изменить».

Федеральный Конституционный Суд ФРГ отмечал, что в Основном законе существуют такие положения, которые выражают фундаментальные основы немецкого государства и которые не могут быть изменены; в связи с этим положения международных договоров обязательны для национального правоприменителя, но лишь в той мере, в какой они соответствуют положениям Основного закона, в остальном же немецкие суды связаны обязательным толкованием положений международного договора. Выработанный германским Федеральным Конституционным Судом доктринальный подход, примененный впервые в деле «Соланж», предполагает, что Конституционный Суд в исключительных случаях может признать нормы европейского права не применимыми в Федеративной Республике. В частности, подход был подтвержден в деле о проверке конституционности Маастрихтского договора, когда Суд пришел к выводу, что у него сохраняется право «проверять конституционность правовой экспансии власти Европейского Союза, осуществляемой посредством прецедентной практики Суда Справедливости».

К доктрине конституционной идентичности обратился также Верховный Суд Аргентины. 14 февраля 2017 г. он

впервые в своей истории признал неисполнимым решение Межамериканского Суда по правам человека, вынесенное в 2011 г. против Аргентины, которое касалось свободы распространения информации в СМИ. Верховный Суд постановил, что Межамериканский Суд не обладал достаточной компетенцией для того, чтобы отменить решение национального суда. Решение Верховного Суда немедленно вызвало критику как со стороны аргентинской общественности, так и со стороны самого Межамериканского Суда. Мотивы критиков сводятся к тому, что исторически аргентинский Верховный Суд был одним из наиболее активных сторонников и защитников региональной системы защиты прав человека. Само признание национальным судом за собой возможности пересматривать компетенцию наднационального органа нарушает международное право, а мотивировка национального решения создает впечатление, что Верховный Суд действовал как своего рода апелляция инстанция по отношению к Межамериканскому Суду. Однако, что является наиболее важным с точки зрения рассматриваемой темы, одним из оснований отказа было противоречие наднационального решения конституционной идентичности Аргентины в ее понимании Верховным Судом.

Еще один пример противоречия между позицией национального органа конституционного контроля и наднационального судебного органа. 26 января 2017 г. Конституционный Суд Италии вернул на рассмотрение Суда Справедливости Европейского Союза (СЕС) дело, которое европейские судьи уже ранее рассматривали – дело «Таррико» (Tarrico) (C-105/14). В своем запросе Конституционный Суд Италии просит СЕС уточнить, дает ли возможность решение СЕС национальным судебным органам не учитывать позицию последнего в том случае, если решение Суда Справедливости будет противоречить фундаментальным конституционным принципам. Конституционный Суд, обосновывая свое несогласие с позицией наднационального органа, утверждает, что национальная конституционная идентичность не была учтена Судом Справедливости, а в соответствии с Договором

о Европейском Союзе при вынесении решений Суд ЕС должен удостовериться, что не нарушается идентичность ни одного государства-члена. Итальянский Конституционный Суд полагает, что у него есть возможность применить разработанную им ранее доктрину «встречных ограничений» (*counter-limits*), которая позволяет в исключительных случаях отступить от исполнения обязательств, вытекающих из норм европейского права, если они противоречат фундаментальным основам национального конституционного правопорядка.

Схожим образом действуют органы конституционного контроля других стран, по-разному обозначая такой подход. Например, Конституционный Суд Венгрии в постановлении (22/2016-XII.5) указал, что он полномочен осуществлять контроль *ultra vires*, если вопрос касается национального суверенитета и конституционной идентичности страны. В других странах используются и другие названия – «контроль реализации основных прав», «контроль *ultra vires*», «контроль с точки зрения конституционной идентичности».

В Ирландии Конституция 1937 г. помещает ценности семьи и католицизм в центр конституционной идентичности государства. Именно по этим вопросам существует длительная и весьма противоречивая практика Европейского Суда против Ирландии, где до сих пор регулирование абортот остается самым строгим среди государств Совета Европы. При этом ЕСПЧ отказывается окончательно признать ирландское регулирование и основанную на нем правоприменительную практику не соответствующими Европейской конвенции (см.: *A, B and C v. Ireland* App. No. 25579/05 [ECtHR: 16 December 2010]).

Не означает ли этот пример Ирландии, что ЕСПЧ признает существование конституционной идентичности государств, в которую он не может вмешиваться? В связи с этим уместно вспомнить, например, французские дела, касающиеся запрещения ношения религиозных символов (в частности хиджабов) в публичных местах. ЕСПЧ с пониманием относился к конституционному принципу *laïcité*, подразумевающему, что принцип светскости является неотъемлемой

частью идентичности французского государства (см.: S.A.S. v. France App. No. 43835/11 (ECtHR: 1 July 2014) [GC]).

2. Конституционная идентичность в сопряжении национального и межгосударственного правопорядков

Концепция национальной конституционной идентичности, как я уже отметил, позволяет определять наиболее значимые положения Конституции и основанного на них национального правопорядка и служит сдерживающим фактором, правовой преградой на пути непредсказуемой активистской экспансии со стороны наднационального регулирования.

В связи с этим Конституционный Суд России в своих недавних постановлениях сформулировал правовые позиции, согласно которым особое внимание наднациональных органов к базовым элементам конституционной идентичности, которые образуют внутригосударственные нормы о фундаментальных правах, а также гарантирующие эти права нормы об основах конституционного строя, позволит снизить вероятность конфликта между национальным и наднациональным правом. Это во многом будет определять – при сохранении конституционного суверенитета государств – эффективность всей европейской системы защиты прав и свобод человека и гражданина и дальнейшую гармонизацию европейского правового пространства в этой области.

Суд подчеркивает, что взаимодействие европейского конвенционного и российского конституционного правопорядков невозможно в условиях субординации. Только диалог между различными правовыми системами может служить основой их надлежащего равновесия, и от уважения Европейским Судом по правам человека национальной конституционной идентичности государств – участников Конвенции во многом зависит эффективность ее норм во внутригосударственном правопорядке. В свою очередь, Конституционный Суд, признавая фундаментальное значение европейской системы защиты прав и свобод человека и гражданина, составной частью которой являются постановления ЕСПЧ, готов к поиску правомерного компромисса ради поддержания

этой системы, но оставляет за собой определение степени своей готовности к нему, поскольку границы компромисса в данном вопросе очерчивает именно Конституция РФ (постановления от 14 июля 2015 г. № 21-П, от 19 апреля 2016 г. № 12-П, от 19 января 2017 г. № 1-П, от 15 ноября 2016 г. № 24-П, от 19 января 2017 г. № 1-П и от 11 мая 2017 г. № 13-П).

Принцип конституционной идентичности был, в частности, использован в Постановлении Конституционного Суда от 19 января 2017 г. № 1-П в связи с разрешением вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Постановления ЕСПЧ от 31 июля 2014 г. по делу «ОАО Нефтяная компания ЮКОС против России».

В своем Постановлении ЕСПЧ посчитал, что данная компания была привлечена к ответственности за налоговые правонарушения за пределами трехлетнего срока давности, тем самым были нарушены права компании-заявителя, гарантированные ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции.

Между тем Конституционный Суд пришел к выводу, что в случае умышленного воспрепятствования налогоплательщиком осуществлению налогового контроля и проведению налоговой проверки суд вправе признать уважительными причины пропуска налоговым органом срока давности привлечения к налоговой ответственности (в деле ЮКОСа он был превышен на три месяца) и взыскать с налогоплательщика налоговые санкции за правонарушения, совершенные в течение трехлетнего периода, на который распространялась налоговая проверка.

Принимая такое решение, Конституционный Суд опирался на следующие правовые позиции:

– выраженные в ст. 17 (ч. 3), 19 (ч. 1 и 2) и 55 (ч. 3) Конституции принципы юридического равенства и справедливости и вытекающий из них принцип соразмерности (пропорциональности) обуславливают обеспечение одинакового объема юридических гарантий всем налогоплательщикам; применительно к действию нормы о сроках давности привлечения к ответственности за совершение налоговых правонарушений по кругу лиц эти принципы предполагают необходимость

дифференцированного подхода к налогоплательщикам, которые, противодействуя налоговому контролю и налоговой проверке, используют положение о сроках давности вопреки его предназначению, в ущерб правам других налогоплательщиков и правомерным публичным интересам;

– если в случае противодействия налогоплательщика осуществлению налогового контроля и проведению налоговой проверки налоговые санкции не могли бы быть наложены по одной лишь причине истечения трехлетнего срока давности, предусмотренного ст. 113 Налогового кодекса РФ, притом что не допускается его прерывание или приостановление, то вопреки предназначению этой нормы возникала бы возможность злоупотребления правом не быть привлеченным к налоговой ответственности за пределами этого срока;

– налогоплательщик, который не представил необходимые документы своевременно и противодействовал проведению налоговой проверки и к которому при этом норма о сроке давности привлечения к налоговой ответственности была бы применена лишь по ее буквальному смыслу, получил бы неправомерное преимущество перед тем налогоплательщиком, который совершил такие же деяния, однако не препятствовал проведению налоговой проверки и был с соблюдением срока давности привлечен к налоговой ответственности; в результате при привлечении к юридической ответственности были бы нарушены конституционные принципы равенства и справедливости и вытекающие из них принципы соразмерности и неотвратимости ответственности за налоговые правонарушения, а также принцип добросовестности налогоплательщика как один важнейших элементов конституционного режима налоговых отношений и конституционных основ публичного порядка в целом.

На принцип конституционной идентичности Конституционный Суд РФ опирался также в Постановлении от 19 апреля 2016 г. № 12-П в связи с вопросом о возможности исполнения постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 г. по делу «Анчугов и Гладков против России». Это дело, касающееся избирательных прав за-

ключенных, было в ЕСПЧ инициировано двумя российскими гражданами, каждый из которых отбывал наказание за убийство и ряд иных преступлений.

В свое время Конституционный Суд РФ отказал в принятии к рассмотрению соответствующей жалобы исходя из того, что проверка одних положений Конституции РФ (в данном случае – нормы ч. 3 ст. 32) на предмет их соответствия другим положениям Конституции не входит в полномочия Конституционного Суда. А Европейский Суд, куда затем обратились заявители, признал, что имело место нарушение права на участие в выборах, гарантированного ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

ЕСПЧ пришел к выводу, что установленный ч. 3 ст. 32 Конституции РФ запрет участвовать в выборах для лиц, содержащихся в местах лишения свободы по приговору суда, ограничивает избирательные права этой категории граждан, нарушает гарантированное ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции субъективное право на участие в выборах.

Опираясь на принцип конституционной идентичности, Конституционный Суд РФ постановил признать исполнение в соответствии с Конституцией РФ постановления ЕСПЧ по делу «Анчугов и Гладков против России», принятого на основании положений ст. 3 «Право на свободные выборы» Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод в их истолковании Европейским Судом по правам человека, в следующих аспектах:

«[1] – в части мер общего характера, предполагающих внесение изменений в российское законодательство (и тем самым изменение основанной на нем судебной практики), которые позволяли бы ограничивать в избирательных правах не всех осужденных, отбывающих наказание в местах лишения свободы по приговору суда, – невозможным, поскольку предписание статьи 32 (часть 3) Конституции Российской Федерации, обладающей верховенством и высшей юридической силой в российской правовой системе, со всей определенностью означает императивный запрет, согласно которо-

му не имеют избирательных прав без каких бы то ни было изъятий все осужденные, отбывающие наказание в местах лишения свободы, определенных уголовным законом.

[2] – в части мер общего характера, обеспечивающих справедливость, соразмерность и дифференциацию применения ограничений избирательных прав, – возможным и реализуемым в российском законодательстве и судебной практике, поскольку в соответствии с ч. 3 ст. 32 Конституции России и конкретизирующими ее положениями Уголовного кодекса Российской Федерации, по общему правилу, исключается наказание в виде лишения свободы и тем самым лишение избирательных прав осужденных, совершивших впервые преступления небольшой тяжести, а за преступления средней тяжести и тяжкие преступления лишение свободы, как более строгий вид наказания из числа предусмотренных Особенной частью данного Кодекса за совершение соответствующего преступления, назначается по приговору суда и, следовательно, влечет лишение избирательных прав только в том случае, если менее строгий вид наказания не может обеспечить достижение целей наказания».

Вместе с тем Конституционный Суд РФ отметил, что, руководствуясь Конституцией РФ, в том числе её ст. 32 (ч. 3), и правовыми позициями Конституционного Суда, выраженными в данном постановлении, федеральный законодатель правомочен, последовательно реализуя принцип гуманизма в уголовном праве, оптимизировать систему уголовных наказаний, в том числе посредством перевода отдельных режимов отбывания лишения свободы в альтернативные виды наказаний, хотя и связанные с принудительным ограничением свободы осужденных, но не влекущие ограничения их избирательных прав.

При этом Конституционный Суд РФ отметил [п. 5.2 мотивировочной части], что, как следует из постановлений по делам «Скоппола (Scoppola) против Италии» (№ 3) (п. 106, 108 и 110) и «Анчугов и Гладков против России» (п. 100), преступления, за которые установлено наказание в виде лишения свободы на срок три года и более, признаются ЕСПЧ

«достаточно серьезными» для того, чтобы служить основанием – без нарушения требования соразмерности – для лишения лиц, виновных в их совершении, избирательных прав в силу прямого указания закона (причем не только в период отбывания наказания, но и в течение двух лет после освобождения); лицо же, приговоренное к лишению свободы на срок пять лет и более, по решению суда может быть лишено избирательных прав пожизненно.

При этом было подчеркнуто, что задача ЕСПЧ состояла не в контроле *in abstracto* совместимости с Конвенцией о защите прав человека и основных свобод ч. 3 ст. 32 Конституции России, а в определении *in concreto* последствий ее применения для прав заявителей, гарантированных ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции (п. 52).

Исходя из установленных самим ЕСПЧ стандартов, лишение избирательных прав за серьезные преступления (преступления, наказываемые лишением свободы на срок три года и более) не может считаться нарушением принципа соразмерности. Граждане же С. Б. Анчугов и В. М. Гладков были осуждены (в порядке замены смертной казни) к пятнадцати годам лишения свободы за совершение особо тяжких преступлений и в связи с этим лишены избирательных прав, поэтому их нельзя считать жертвами правонарушения, а их права, гарантированные ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции, – нарушенными. Следовательно, в этом смысле постановление ЕСПЧ по делу «Анчугов и Гладков против России» является, по существу, актом абстрактного нормоконтроля (*in abstracto*).

В рассматриваемом решении ЕСПЧ обращает на себя внимание, что Суд не стал принимать в расчет то обстоятельство, что заявителями оспаривалась не просто норма закона (что уже само по себе означало необходимость принятия государством мер общего характера), а норма Конституции страны. Да еще и такая норма, которая может быть изменена лишь в результате принятия новой Конституции. По этому поводу в Постановлении ЕСПЧ было лишь замечено, что государство-ответчик может достичь соблюдения Конвенции «за счет некой формы политического процесса

или истолкования Конституции России...». Таким образом, России было предложено либо принять новую Конституцию в рамках соответствующей «формы политического процесса», либо дать весьма вольное толкование ее текста.

Что касается принятия новой Конституции, то эта идея уже много лет не сходит с повестки дня представителей самых разных флангов политической оппозиции. И совершенно очевидно, что реализация этой идеи (если бы даже с ней вдруг согласились обе палаты парламента, как это требуется согласно конституционной процедуре) явилась бы мощным фактором дестабилизации социально-политической ситуации в стране. А кроме того (и это не менее важно), здесь оказался затронутым принципиальный (и надо признать – болезненный для национального самосознания) вопрос о соотношении юридической силы российской Конституции и Европейской конвенции. По этому поводу, как я уже отмечал, Конституционный Суд высказался в Постановлении от 14 июля 2015 г., признав, что Европейская конвенция в ее интерпретации ЕСПЧ обладает большей юридической силой, чем федеральный закон, но не равной и не большей, чем юридическая сила Конституции РФ.

Второе предложение ЕСПЧ – решить проблему путем толкования ч. 3 ст. 32 Конституции – также не учитывало ряд важных обстоятельств. Дело в том, что взгляды на эволютивное толкование, которых придерживаются национальные органы конституционного контроля, с одной стороны, и ЕСПЧ как орган наднационального правосудия – с другой, имеют существенные различия. Эти различия обусловлены разной природой актов, толкуемых Европейским Судом и Конституционным Судом соответственно. ЕСПЧ видит свою роль не только и не столько в толковании содержания защищаемых Европейской конвенцией прав (сформулированных, как известно, в самом общем виде), сколько в создании нового унифицированного европейского правопорядка. А национальная конституционная юстиция более тесно связана текстом национальной конституции и необходимостью следования не только ее духу, но и букве.

При этом Конституцию нельзя понимать исключительно как нормативный текст. Это прежде всего исторически сложившийся и развивающийся аксиологический набор принципов и норм, присущих конкретному обществу на данном этапе его развития и разделяемый большинством его членов. То есть это итог исторически обусловленного национального консенсуса. А в нашем случае – консенсуса, достигнутого, как я уже говорил, в очень непростых условиях. И со стороны Конституционного Суда было бы весьма опрометчивым ставить под сомнение те результаты этого «общественного договора», которые выражены в достаточно четкой нормативной форме. Именно так сформулирована ч. 3 ст. 32 Конституции РФ, где сказано: «Не имеют права избирать и быть избранными граждане, ...содержащиеся в местах лишения свободы по приговору суда». Кроме того, российская Конституция, в отличие от Европейской конвенции, – это гораздо более развернутый и детально разработанный документ, положения которого составляют единую внутренне согласованную нормативную систему. Все это в совокупности означает, что пределы юридического активизма национального органа конституционного контроля не так широки, как у его наднационального *vis-a-vis*.

Поэтому в своем Постановлении по запросу Министерства юстиции мы посчитали необходимым подтвердить высказанную ранее (в Постановлении от 14 июля 2015 г.) правовую позицию, согласно которой в силу ряда статей Конституции РФ (ч. 1 и 2 ст. 4, ч. 1 и 4 ст. 15, ст. 79 и п. «г» ч. 2 и ч. 6 ст. 125), закрепляющих суверенитет России, верховенство и высшую юридическую силу Конституции в российской правовой системе (в том числе по отношению к международным договорам), Россия не вправе заключать международные договоры, не соответствующие ее Конституции. В дополнение к этому мы отметили то обстоятельство, что в 1996 г. Россия подписала, а в 1998 г. ратифицировала Конвенцию о защите прав человека и основных свобод исходя из того, что ст. 32 (ч. 3) Конституции РФ полностью согласуется с предписаниями ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции и не нуждается в каком-либо изменении.

Никаких вопросов, связанных с возможными противоречиями между ними, не возникало и у Совета Европы. Иными словами, и Россия, и Совет Европы признавали, что соответствующие статьи Конвенции и Конституции РФ находятся в полном соответствии друг с другом. С этого момента и до настоящего времени указанные нормы текстуально никаких изменений не претерпели. В связи с этим Конституционный Суд констатировал, что вывод о нарушении Российской Федерацией ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции, к которому пришел ЕСПЧ, основан на истолковании ее положений, расходящемся с тем смыслом, из которого исходили Совет Европы и Россия на момент его подписания и ратификации. При таких обстоятельствах Россия вправе настаивать на интерпретации ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции и ее имплементации в российское правовое пространство в том понимании, которое имело место при введении в действие данного международного договора как составной части российской правовой системы.

Тем не менее Конституционный Суд нашел возможность для исполнения основного требования ЕСПЧ о дифференциации тех ограничительных мер в части избирательных прав, которые предусмотрены Конституцией РФ для лиц, содержащихся в местах лишения свободы.

Прежде всего мы обратили внимание на то обстоятельство, что смысловое наполнение термина «лишение свободы» в российской правовой системе отличается от смысла соответствующего термина в Европейской конвенции. В российской правовой системе под «лишением свободы» понимается не любое ограничение свободы, связанное с изоляцией от общества, включая, например, арест и ограничение свободы (как в ч. 1 ст. 5 Конвенции), а особый вид наказания, предполагающий изоляцию осужденного от общества путем направления его в колонию-поселение, в воспитательную колонию, лечебное исправительное учреждение, исправительную колонию общего, строгого или особого режима либо в тюрьму. А это уже само по себе означает значительно большую дифференциацию в вопросе о специальных огра-

ничениях избирательных прав, чем та, которая вытекает из трактовки понятия «лишение свободы», содержащейся в ч. 1 ст. 5 Конвенции.

При этом такое понимание данного термина дано не в самой Конституции, а в конкретизирующем ее Уголовном кодексе РФ, поскольку определение того, что представляет собой лишение свободы как вид уголовного наказания и в чем его отличие от других видов уголовного наказания, связанных с ограничением свободы, а также от иных мер, связанных с содержанием под стражей, но не являющихся уголовным наказанием, равно как и определение самих мест лишения свободы и режимов отбывания наказания в них является прерогативой федерального законодателя в силу ст. 71 (п. «о») Конституции РФ. Данное обстоятельство дает нам возможность, не затрагивая текст Конституции, внести соответствующие изменения в законодательство, сузив таким образом то понятие «места лишения свободы», которое в тексте Конституции увязано с необходимостью специальных ограничений избирательных прав граждан, находящихся в местах лишения свободы.

Это мы и предложили сделать законодателю, призвав его оптимизировать систему уголовных наказаний посредством перевода отдельных режимов отбывания лишения свободы в альтернативные виды наказаний, связанные с таким ограничением свободы осужденных, которое не влечет за собой ограничения их избирательных прав. А то, что такая дифференциация дается законом, а не судебным решением, не меняет правовой сути дела. С чем, кстати, согласен и ЕСПЧ.

Однако в контексте обсуждаемой темы я хотел бы подчеркнуть, прежде всего обратить внимание на другую часть принятого нами Постановления от 19 апреля 2016 г., где отмечается, что, признавая объективную необходимость деятельности ЕСПЧ по выявлению структурных недостатков национальных правовых систем, мы рассчитываем на то, что Европейский Суд будет более последовательно придерживаться принципа субсидиарности. Мы рассчитываем на то, что нас не будут ставить перед фактом европейско-

го консенсуса, достигнутого за нашей спиной. Соглашаясь в целом с данной формой легитимации решений ЕСПЧ, мы исходим из того, что европейский консенсус – это неформальная договоренность, которая достигается с нашим непосредственным участием и в ходе которой учитываются особенности исторического развития России и те объективные трудности, с которыми она сталкивается на своем пути к праву и демократии.

Эффективное взаимодействие европейского и конституционного правопорядков невозможно в условиях субординации. Только диалог и сотрудничество между различными правовыми системами являются основой их надлежащей согласованности и равновесия. Конституционный Суд и впредь готов действовать в духе сотрудничества и диалога с ЕСПЧ ради упрочения внутрисударственной и межгосударственной судебной защиты прав и свобод человека и гражданина.

Диалог с Европейским Судом по правам человека

Конституционный текст имеет высшее методологическое значение при интерпретации нормативно-правовых положений, затрагивающих или ограничивающих права человека. Вместе с тем всегда остается возможность для конструктивного диалога национальных высших судов и наднациональных юрисдикционных органов, так как в силу конституционных условий ратификации международного договора очевидно, что прямого столкновения текста конституции и текста обязательного для конкретного государства международного договора быть не может. Россия вправе ратифицировать только такой международный договор, который не противоречит ее Конституции.

Европейский Суд по правам человека в деле «Анчугов и Гладков против России» сослался на противоречие Конвенции и российской Конституции. Однако и в этом случае между текстами Конституции России и Конвенции о защите прав человека и основных свобод как таковыми противоречия нет – вразрез с конституционными нормами на момент

подписания... пошла практика ЕСПЧ. Он дал такое толкование абстрактной нормы Конвенции, которое прямо противоречит тексту соответствующей статьи Конституции. Поскольку после ратификации Конвенции Россией конституционная норма не подвергалась изменению, ЕСПЧ не мог признать ее противоречащей Конвенции.

Разумеется, Суд обладает правом толковать положения Конвенции определенным образом, будучи уполномоченным на то самой Конвенцией. Но при этом у России как у одного из источников такого уполномочия есть суверенное право не согласиться и вернуть ЕСПЧ в предписанные Конвенцией рамки, если данное толкование противоречит Конституции РФ и, следовательно, противоречит обязательствам, взятым при ратификации Конвенции, изменить только те положения Конституции, которые противоречили Конвенции на момент ее подписания.

В этом контексте сомнительным с точки зрения последовательности прецедентной практики ЕСПЧ выглядит его нежелание принимать во внимание особенности Конституции России и, в частности, то обстоятельство, что конституционная норма о правах человека, признанная не соответствующей Конвенции, не может быть пересмотрена парламентом. Расчет же на то, что подобный конфликт может быть решен за счет активистского толкования спорной нормы Конституционным Судом, как я уже отмечал, не выдерживает критики.

При таких обстоятельствах необходимы определенные правомерные сдержки (*counter-limits* – по выражению Конституционного Суда Италии), которые бы не давали национальному юрисдикционному органу шагнуть в своей активистской деятельности слишком далеко. ЕСПЧ обладает хорошо разработанной, но от этого не становящейся менее противоречивой доктриной пределов усмотрения. Однако национальные государства обладают, и это прямо следует из конституций и конституционных принципов, своими пределами уступчивости.

Такие пределы уступчивости, равно как и понятие европейского консенсуса, не являются раз и навсегда определенными и застывшими, что было бы непродуктивно и не оставляло бы возможностей для диалога. В рассмотренном выше примере с делом ЮКОСа никто не отрицает, что у заявителей есть гарантируемые конвенционными обязательствами Российской Федерации права, но у них также есть и права, гарантированные Конституцией РФ, имеющей высшую юридическую силу. Конституционные права не существуют в отрыве от конституционных обязанностей, среди которых есть и обязанность платить законно установленные налоги и сборы – как обязанность собственника имущества перед обществом. Данная обязанность и была разъяснена Конституционным Судом.

Надо понимать, что цель Конституционного Суда – не поиск путей обхода исполнения постановления ЕСПЧ, но поиск возможного и конституционно приемлемого пути его исполнения. И только если такое исполнение с точки зрения положений Основного закона России невозможно, постановление ЕСПЧ не будет исполняться. Естественно, подобная ситуация является экстраординарной и не может стать универсальным правилом, равно как и Конституционный Суд не может и не хочет быть апелляционной инстанцией по отношению к решениям наднационального органа по защите прав человека.

Конституционные суды в случае своего возражения наднациональным юрисдикционным органам действуют более или менее по одной модели.

Во-первых, они ссылаются непосредственно на текст международного договора, права и обязанности в соответствии с которым послужили предметом толкования наднационального судебного органа. Подчеркивается, что между текстом национального основного закона и текстом договора нет расхождения, а возможные противоречия – это лишь конфликт толкований. При этом уместна ссылка на основы конституционного строя или на конституционную идентичность государства, которые должны были быть учтены

еще на стадии ратификации международного соглашения и которые, по мнению национальных органов конституционного контроля, дают им основания в исключительных случаях отступить от исполнения решения наднационального судебного органа.

Во-вторых, тот же Конституционный Суд Италии стремился смягчить остроту конфликта, ссылаясь на практику Суда Справедливости Европейского Союза, демонстрируя свою приверженность правовым позициям последнего по подавляющему большинству вопросов – тактика умиротворения наднационального суда. При этом задача национального судебного органа состоит также и в том, чтобы убедить международный суд, что отказ от исполнения одного конкретного судебного решения не приведет к подрыву всей системы или к подрыву доверия к конкретному наднациональному органу.

В-третьих, национальные органы конституционного контроля обращаются к тексту оспариваемых международных решений и ссылаются на те пассажи из текстов решений, которые могут быть истолкованы в пользу государства, а отсутствие ясности текста международного решения используют как потенциальную возможность провести акт толкования еще раз, учитывая позиции национальных органов.

В-четвертых, что является, пожалуй, наиболее важным, национальные органы конституционного контроля сами предоставляют возможности для наднациональных судов «отступить, не потеряв лицо», например, предлагая определенную линию аргументации или развитие ранее выраженных правовых позиций наднационального суда, которое инкорпорирует как взгляды последнего, так и позицию конституционного суда. Данный подход крайне важен, так как показывает и национальным скептикам, и зарубежным активистам, что оба конфликтующих суда на самом деле преследуют общие цели, а конфликт «правильного» и «неправильного» толкования является мнимым. Хотя, естественно, такой подход не всегда возможно осуществить.

В современном мире конституционные правопорядки разных государств, безусловно, связаны между собой и влияют друг на друга. При этом не может быть одинаковых конституционных идентичностей в разных государствах, как не может быть и абсолютно одинаковых конституционных ценностей. Эти разные и взаимовлияющие конституционные правопорядки имеют общие международно-правовые обязательства, которые, однако, понимаются в каждом государстве по-своему: они толкуются в свете национальной конституции и национальных правовых традиций, учитывая, что минимальный уровень общего понимания был достигнут при принятии данных обязательств. Каждое государство проходит через необходимый этап «согласования» своей правовой системы с международными обязательствами, целями которого с учетом принципа добросовестности являются сохранение открытости правовой системы к новым положительным изменениям и ее устойчивости, не позволяющей размывать национальные конституционные нормы и гарантии прав человека. Именно поэтому Конституционный Суд РФ в постановлениях по делу Анчугова и Гладкова, а также по делу ЮКОСа придерживается своей правовой позиции сформированной в постановлении от 17 июля 2015 г. № 21-П линии относительно необходимости постоянного диалога с ЕСПЧ, исходя из того, что имплементация правовых положений Конвенции – это никогда не прекращающийся процесс. При этом мы рассчитываем на то, что такой процесс будет осуществляться по интерактивному, а не иерархическому принципу взаимодействия.

Конституционный Суд РФ уже не раз демонстрировал гибкий подход к осмыслению конституционной идентичности России в свете ее обязательств как члена Совета Европы. Один из наиболее ярких примеров – наше решение по вопросу о смертной казни. Данный вопрос многократно обсуждался на разных уровнях, в СМИ и в обществе, однако в свете проблемы конституционной идентичности его не касались ни разу.

Прежде всего, сам текст ст. 20 Конституции РФ сформулирован достаточно размыто: он не дает четких представлений об условиях отмены смертной казни, о том, возможен в будущем возврат к ней или нет. При этом текст во многом оставляет разрешение данного вопроса на откуп самого общества, в котором должен созреть некий консенсус относительно отмены данного института и предполагаемых условий такой отмены. Впервые Конституционный Суд обратился к данному вопросу в постановлении от 2 февраля 1999 г. № 3-П, где подтвердил мораторий на назначение смертной казни, руководствуясь как формальными требованиями законодательства, так и возникающими международными обязательствами России, демонстрирующими согласие общества двигаться в определенном направлении. А именно – в направлении, условно говоря, общеевропейских ценностей прав и свобод человека. В 2009 г. Конституционный Суд по ходатайству Верховного Суда РФ вернулся к данному вопросу.

Конституционный Суд в определении от 19 ноября 2009 г. № 1344-О-Р, говоря о международных обязательствах России, отмечал, что «тот факт, что Протокол № 6 до сих пор не ратифицирован, в контексте сложившихся правовых реалий не препятствует признанию его существенным элементом правового регулирования права на жизнь. ...Российская Федерация связана требованием статьи 18 Венской конвенции о праве международных договоров не предпринимать действий, которые лишили бы подписанный ею Протокол № 6 его объекта и цели, до тех пор, пока она официально не выразит свое намерение не быть его участником».

В связи с вступлением Российской Федерации в Совет Европы и подписанием Протокола № 6 предполагалось, что введенный на этой основе в правовой системе страны временный мораторий на применение смертной казни после ратификации Протокола № 6 (т. е. не позднее 28 февраля 1999 г.) трансформируется в постоянно действующую норму. Однако Протокол № 6 до сих пор не ратифицирован, он как таковой не может рассматриваться в качестве нормативного правового акта, непосредственно отменяющего в

Российской Федерации смертную казнь в смысле ст. 20 (ч. 2) Конституции РФ. Вместе с тем смертная казнь как исключительная мера наказания по смыслу ст. 20 (ч. 2) Конституции РФ допустима лишь в качестве временной меры («впредь до ее отмены») в течение определенного переходного периода.

Поскольку конституционно-правовая идентичность Российской Федерации за время, прошедшее с момента вступления в Совет Европы, претерпела изменения, и теперь ее неотъемлемой частью является признание недопустимости назначения смертной казни, можно заключить, что Российская Федерация связана конституционно-правовыми по своей природе обязательствами, вытекающими как из международно-правовых договоров, так и из внутрисударственных правовых актов, принятых Федеральным Собранием – парламентом Российской Федерации, Президентом Российской Федерации, Конституционным Судом Российской Федерации.

Такое правовое регулирование сохраняет свое действие более 20 лет (с момента принятия Россией на себя обязательств при вступлении в Совет Европы (28 февраля 1996 г.) и подписания Протокола № 6 (16 апреля 1997 г.), а также установления Конституционным Судом РФ (постановление от 2 февраля 1999 г. № 3-П) прямого запрета – в отсутствие надлежащих процессуальных гарантий – на назначение смертной казни и легитимировано сложившейся правоприменительной практикой, в том числе последующими решениями Конституционного Суда РФ и решениями судов общей юрисдикции.

В результате столь продолжительного по времени действия моратория на применение смертной казни, элементом правовой основы которого является постановление Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1999 г. № 3-П во взаимосвязи с другими его решениями, сформировались устойчивые гарантии права не быть подвергнутым смертной казни и сложился легитимный конституционно-правовой режим, в рамках которого – с учетом международно-правовой тенденции и обязательств, взятых на себя Российской Федера-

цией, – происходит необратимый процесс, направленный на отмену смертной казни как исключительной меры наказания, носящей временный характер («впредь до ее отмены»). Не стоит при этом забывать и о том, что сейчас уже 2017 год, и смертная казнь не применяется уже два десятилетия.

Приведенный пример показывает, что Конституционный Суд, руководствуясь конституционной идентичностью Российской Федерации, готов идти навстречу международному сообществу и расширять гарантии прав человека в том случае, если для этого есть необходимая устойчивая конституционно-правовая конструкция. Ведь как при строительстве вантового моста, которые сейчас популярны в Петербурге, от степени натяжения тросов будет зависеть прочность моста: при слишком сильном натяжении, равно как и при недостаточном, прочность моста не будет надежной. Равно и при рассмотрении вопросов относительно конституционных основ, нужно соблюдать необходимый баланс, придающий устойчивость всей конструкции правовой системы государства.

В заключение хочу отметить следующее. Доктрина конституционной идентичности, над которой всем нам еще предстоит много работать, может служить тем «водоразделом», который потенциально способен отделить приемлемые и подчас желанные изменения внутреннего конституционного правопорядка, инспирированные, например, наднациональным органом по защите прав человека, от тех принципов, которыми государства, признавшие обязательную юрисдикцию подобных органов, поступиться не могут.

Из этой доктрины вовсе не следует, что каждый факт несоответствия между нормами международного права и национальными правоустановлениями является покушением на конституционную идентичность. В защите нуждаются особо значимые правоположения, составляющие системообразующее ядро национального правопорядка. Очевидно, далеко не все правовые традиции входят в указанное

ядро. Поэтому нам необходима методология распознавания «ядерных» правовых традиций, разрушение которых означает утрату идентичности, основанной на верховенстве права, и тех правовых традиций или предрассудков, стереотипов общественного сознания, которые являются примером правовой инерции или даже анахронизмом.

Конституционная идентичность выкристаллизовывается каждым государством из своего уникального индивидуального опыта. Она не может быть «придумана» или изменена каким-либо волевым решением, равно как она не может быть навязана извне. Идентичность заключена во всей совокупности исторических, культурных и социальных факторов, преломленных в праве. Такая идентичность – это не застывшее состояние, а диалогический процесс, представляющий собой совокупность убеждений и идей из исторического прошлого каждой страны, которые заново переосмысливаются в каждую новую эпоху. Ее можно открыть, и лучшим средством для этого является конституционная юстиция.

LA DÉFENSE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE, RÉVÉLATRICE DE LA NATURE DE L'UNION EUROPÉENNE

Jean-Denis Mouton

L'idée d'une défense de l'identité constitutionnelle par une Cour constitutionnelle n'est pas totalement liée à l'appartenance d'un État à l'Union Européenne. C'est ainsi que dès ses premiers arrêts (1950), la Cour constitutionnelle allemande fait référence à l'idée que le pouvoir de réviser la Constitution est limité « à la condition que l'identité et la continuité de la Constitution dans son ensemble soient préservées »¹. Mais c'est bien en tant que « norme de résistance » au droit de l'Union Européenne que la notion « d'identité constitutionnelle » va être utilisée par plusieurs Cours constitutionnelles des États membres de l'Union Européenne, et en premier lieu par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe elle-même. Cette notion sera importée en droit de l'Union, sous le couvert du respect de l'identité nationale (I). On peut alors comprendre qu'ainsi « européanisée », elle soit un bon révélateur de la nature de l'Union Européenne (II).

I. Une notion importée du droit constitutionnel des États membres sous couvert du respect de l'identité nationale

I.1. Une notion importée du droit constitutionnel des États membres

1) Précisément, la Cour constitutionnelle allemande allait se référer à la défense de l'identité constitutionnelle de manière

¹ **J. L. Marti**, *Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People* – in: **A. Arnaiz and Carina Alcobero (eds.)**, *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, p. 17-36). Il faut dire que la doctrine développée par **Carl Schmitt**, *Théorie de la Constitution*, 1928 préparait à cette idée.

implicite avant d'utiliser explicitement la notion. C'est ainsi que dans sa première décision Solange I, la Cour de Karlsruhe déclare que la Loi fondamentale ne permet pas que « soit mise en cause la structure fondamentale de la Constitution qui confère à celle-ci son identité »². Dans sa décision Solange II, elle déclare que l'article 24 de la Loi fondamentale n'autorise pas à aliéner, par le biais de l'attribution de droits souverains à des institutions interétatiques, l'identité constitutionnelle de la RFA, par une irruption dans ces éléments fondamentaux dans les structures qui la constituent³. Mais il faudra attendre l'arrêt Lisbonne de 2009 pour que la Cour constitutionnelle allemande fasse explicitement référence à la défense de « l'identité constitutionnelle allemande » et ce à plusieurs reprises⁴.

Cette progression vers une référence explicite à la notion d'identité constitutionnelle se retrouve aussi dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle d'un autre État fondateur de l'Union Européenne, l'Italie⁵.

En France, il faudra attendre un peu plus tard, pour que le Conseil constitutionnel fasse référence à la défense de l'identité constitutionnelle de la France pour fixer les limites à l'immunité constitutionnelle dont doivent bénéficier les lois de transposition d'une directive⁶. C'est que c'est par référence aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté » que le Conseil constitutionnel avait d'abord émis des réserves à l'application du droit de l'Union. Soit dans le cadre du contrôle préventif de compatibilité prévu par l'article 54 de la Constitution, soit par la voie

² Cour Const. allemande, 29 mai 1974, Solange I.

³ Cour Const. allemande, 22 octobre 1986, Solange II.

⁴ Cour Const. allemande, 30 juin 2009, Lisbonne. Voir à ce sujet **F. Mayer**, *L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande*, – dans **L. Burgorgue-larsen (dir.)**, *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Cahiers européens, Ed. Pedone, 2011, p. 63-87.

⁵ Cour Const. italienne, 17 décembre 1973, Frontini, qui anticipe l'arrêt Solange I; et Cour Const. italienne, 13 avril 1989, Fragd: dans cet arrêt la Cour constitutionnelle italienne considère que la Constitution ne peut être interprétée de sorte à permettre de violer les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel italien.

⁶ Conseil Const. français, 27 juillet 2006, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

du contrôle des lois autorisant la ratification d'un traité prévu par l'article 61 de la Constitution, pour le droit primaire. Ainsi en fut-il lors de l'examen de la ratification des traités de Maastricht, d'Amsterdam, de Nice, et du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Mais aussi était-ce le cas du droit dérivé, pour le contrôle des lois d'application des règlements ou de transposition des directives. Après la décision du 27 juillet 2006, la défense de l'identité constitutionnelle fut ensuite étendue aux lois d'adoption des règlements, ainsi qu'aux accords mixtes⁷.

Au-delà de ces Etats fondateurs de la Communauté Economique Européenne, la défense de l'identité constitutionnelle se retrouve dans la jurisprudence de plusieurs Cours constitutionnelles d'États membres de l'Union Européenne. Ainsi en Espagne, le Tribunal Constitutionnel interprète l'article 93 de la Constitution espagnole, relatif à l'intégration de l'Espagne dans les Communautés Européennes, comme devant être compatible avec le « respect de l'identité de l'État » et de « ses structures constitutionnelles de base »⁸.

Mais la référence à la défense de l'identité constitutionnelle nationale comme norme de résistance au droit de l'Union, a trouvé un écho important auprès des cours constitutionnelles des nouveaux États membres de l'Union. Ainsi en est-il en République tchèque, où la Cour constitutionnelle invoque « le noyau fondamental de l'ordre constitutionnel » qui doit l'emporter en cas de conflit avec le droit de l'Union. Ainsi est-ce aussi le cas en Pologne, où le Tribunal Constitutionnel fait référence au concept d'identité constitutionnelle pour déterminer « l'étendue de l'exclusion de certaines compétences du transfert de compétences » visé par l'article 90 de la Constitution⁹. Quant à la Hongrie, amenée à interpréter l'article E de la loi fondamentale, consacré à la

⁷ Conseil Const. français, 31 juillet 2017; voir aussi décision du 12 juin 2018.

⁸ Tribunal Const. espagnol, déclaration du 13 décembre 2004. Sur cette question voir **A. Saiz Arnaiz**, *Identité nationale et droit de l'Union Européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole – dans: L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 101-131.

⁹ Sur ces jurisprudences, voir **S. Lauhle Shaelou**, *Nous les peuples - L'identité constitutionnelle dans les jurisprudences constitutionnelles tchèque,*

participation de la Hongrie à l'Union Européenne, la Cour constitutionnelle déclare que cette participation a des limites : elle « ne peut pas porter atteinte à la souveraineté ou à l'identité constitutionnelle de la Hongrie »; précisant que « l'identité constitutionnelle de la Hongrie est une valeur fondamentale dont l'origine ne remonte pas à la Loi fondamentale mais qui la précède. Par conséquent, l'identité constitutionnelle ne peut pas non plus être remise en cause par un traité international »¹⁰. Si donc la référence à la défense de l'identité constitutionnelle s'est généralisée dans la jurisprudence des cours constitutionnelles, l'identité constitutionnelle nationale présente évidemment aussi des différences : elle est d'abord « ipséité ».

2) Ces différences concernent à la fois la portée de cette notion dans les ordres juridiques internes, elles concernent aussi le contenu qui lui est donné par chacune des cours constitutionnelles nationales.

S'agissant de sa portée, la comparaison entre l'Allemagne et la France est remarquable. En Allemagne, la défense de l'identité constitutionnelle est liée à la garantie de pérennité posée par l'article 79 de la Loi fondamentale. Dans sa décision Lisbonne, la Cour de Karlsruhe précise : « Avec cette garantie de pérennité, même le législateur constitutionnel ne peut disposer de l'identité de l'ordre constitutionnel libéral. Ainsi la loi fondamentale ne présuppose-t-elle pas seulement la qualité d'État souverain de l'Allemagne, mais elle la garantit aussi... L'habilitation à participer à l'intégration européenne autorise un aménagement de la formation de la volonté politique différent de l'organisation que la loi fondamentale prévoit pour l'ordre constitutionnel allemand. Ceci vaut jusqu'à ce que soit atteinte la limite de l'identité constitutionnelle inaliénable »¹¹. Si cette limite était franchie, la seule solution serait alors d'établir une nouvelle constitution : le pouvoir constitué ne pourrait modifier la loi fondamentale, cette

lettone et polonaise – dans: L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, op. cit., p. 133-152.

¹⁰ Cour Const. hongroise, novembre 2016; sur cette question voir **L.Trocsanyi**, *Constitutions nationales et intégration européenne, l'exemple hongrois*, Bruylant, 2015.

¹¹ Déc. 30 Juin 2009, précit.

possibilité revenant seulement au pouvoir constituant; notamment, « l'évolution de l'Union Européenne vers un État fédéral excéderait les fonctions et compétences des organes constitutionnels de la RFA. Seule une loi fondamentale que le peuple allemand se serait donné, conformément aux dispositions de l'article 146, serait en mesure de donner un fondement à un tel degré d'intégration »¹².

De ce point de vue, la défense de l'identité constitutionnelle en France est différente. Dès la première décision dans laquelle le Conseil constitutionnel y fait référence, il précise: « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle, sauf à ce que le constituant y ait consenti »¹³. Cette possibilité pour le pouvoir constitué de réviser la Constitution prévaut aussi lorsqu'il est porté atteinte « aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté ». Dans sa décision relative au traité de Maastricht, le Conseil avait déjà déclaré que « le pouvoir constituant est souverain... rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle »¹⁴. Cependant la Constitution française mentionne l'impossibilité de mettre en cause la forme républicaine du gouvernement, l'instituant donc en limite à ce que peut faire le pouvoir constitué.

Mais le franchissement des limites instituées par les constitutions, telles qu'interprétées par les cours constitutionnelles, pose aussi la question de savoir quelles conséquences celles-ci en tireraient si elles avaient été franchies par le droit dérivé de l'Union. Pour la Cour constitutionnelle allemande « tant le contrôle ultra vires que le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle peuvent conclure à ce qu'une disposition de l'Union soit déclarée inapplicable en Allemagne »¹⁵.

¹² Ibid.

¹³ Déc. 27 Juillet 2006, précit.

¹⁴ Cons. Const. français, 2 septembre 1992, Maastricht.

¹⁵ Déc. 30 Juin 2009, préc.

C'est aussi ce que laisse entendre la Cour constitutionnelle tchèque dans ses deux décisions relatives au traité de Lisbonne ; si un acte des institutions européennes avait transgressé les pouvoirs que la République tchèque a transférés à l'Union Européenne, exceptionnellement, cette situation pourrait donner lieu à un examen *ultra vires*, ce que laisse entendre également le Tribunal Constitutionnel polonais¹⁶. Quant à la Hongrie, la Cour constitutionnelle déclare que « lorsque l'acte de l'Union Européenne revêt un caractère *ultra vires*, le Parlement et le gouvernement peuvent prendre des mesures nécessaires. Dans ce cadre ils peuvent déposer une requête auprès de la Cour de justice de l'Union Européenne alléguant que l'acte de l'Union porte atteinte au principe de subsidiarité ». Et dans le même temps la Cour affirme que « la défense de l'identité constitutionnelle relève de la compétence de la Cour constitutionnelle pendant toute l'existence de l'exercice de la souveraineté de la Hongrie »¹⁷. L'ambiguïté de cette déclaration de la Cour hongroise, ainsi que le caractère exceptionnel d'une situation qui pourrait être jugée *ultra vires*, ce que souligne la Cour tchèque, montrent toute la complexité de la résolution du problème: notamment à travers la question de qui disposerait en cas de conflit du dernier mot (voir *infra*).

Pour ce qui est du contenu donné dans l'ordre juridique interne à la notion d'identité constitutionnelle, les modèles allemand et français révèlent aussi une différence importante. Dans sa décision Lisbonne la Cour constitutionnelle de Karlsruhe se réfère à la fois aux principes structurels de l'État, consacrés par l'article 20 de la loi fondamentale, c'est à dire la démocratie, l'Etat de droit, L'Etat social, la République, L'Etat fédéral et la substance des droits fondamentaux indispensable au respect de la dignité humaine. Elle énonce aussi les domaines particulièrement sensibles pour la capacité d'auto-détermination démocratique d'un Etat constitutionnel et elle dresse aussi une liste des limites maté-

¹⁶ Voir **S. Lauhle Shaelou**, art. préc.

¹⁷ Déc. de la Cour Const. hongroise, précit.

rielles de l'intégration¹⁸. D'une manière comparable, le Tribunal Constitutionnel espagnol se réfère à la fois aux principes de l'Etat social et démocratique de droit, établi par la Constitution Espagnole, tout en énumérant les limites à l'intégration européenne sous forme de catalogue¹⁹. À l'opposé la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, à ce jour, ne donne pas d'indication sur ce qui relèverait concrètement de l'identité constitutionnelle nationale. La doctrine évoque un certain nombre de principes : le principe de laïcité, le principe d'indivisibilité de la République, le principe d'égalité devant la loi, le principe d'unicité du peuple, le principe de séparation des pouvoirs, le principe d'un Etat social²⁰; ce qu'un ancien président du Conseil constitutionnel a résumé sous la formule de « la substance de la République »²¹.

Le gouvernement français a cependant, devant la Cour de Justice de Luxembourg, eu l'occasion de préciser que le principe de laïcité, consacré par l'article 1 paragraphe 1^{er} de la Constitution française, relevait de la protection de l'identité nationale des États membres de l'Union, selon l'article 4 paragraphe 2 TUE²².

Il est après tout normal que le contenu donné à l'identité constitutionnelle nationale se révèle au détour d'une affaire portée devant la Cour de justice de Luxembourg, puisque cette notion apparaît principalement être une norme de résistance au droit de l'Union. Au-delà de cette attraction entre sa dimension purement nationale et sa dimension européenne, ce caractère de norme de résistance permet aussi de comprendre que, même si elle s'enracine dans l'idée d'une certaine continuité de l'État et de la nation, l'identité constitutionnelle, en tant qu'élément de

¹⁸ Ainsi en est-il des compétences du droit pénal et de la procédure pénale, de la décision sur l'usage de l'armée, de la responsabilité commune en matière budgétaire, de la définition des priorités de la politique sociale, des décisions fondamentales en matière culturelle, en matière de politique familiale, des questions linguistiques, du statut des communautés religieuses.

¹⁹ Voir **A. Saiz-Arnaiz**, art. précit.

²⁰ Sur ces questions, voir *Regards croisés sur la substance de l'identité constitutionnelle française*, RGDIP, 2014, t.118.

²¹ **P. Mazeaud**, *Cahiers du Conseil constitutionnel* (18), 2005, p. 1-15.

²² Voir Conclusions de l'avocat général, Mme J. Kokott, **CJUE**, 14. 03. 2017, *Achbita*, C-157/15.

l'identité nationale, ne peut recevoir une signification figée une fois pour toute : elle trouve son sens dans un processus, par définition évolutif, celui de la construction européenne.

I.2. Une notion englobée dans la notion d'identité nationale

Le lien entre la dimension interne de la défense de l'identité constitutionnelle nationale et la dimension européenne du respect de l'identité nationale des États a d'ailleurs été explicitement reconnu à la fois par la Cour constitutionnelle allemande et le Conseil constitutionnel français. La Cour de Karlsruhe, dans sa décision Lisbonne, concernant la question de qui a le pouvoir du dernier mot, en insistant sur le fait qu'il relève de sa compétence, en même temps pourtant précise que « l'exercice de cette compétence de contrôle tirée de la Loi fondamentale respecte le principe de l'ouverture de la Loi fondamentale à l'égard du droit européen ». Pour ce faire la Cour de Karlsruhe fait référence au fait que « dans le cadre de l'avancement d'une intégration de plus en plus approfondie il serait impossible d'assurer autrement le respect des structures fondamentales politiques et constitutionnelles des États membres souverains, respect garanti par l'article 4 paragraphe 2 TUE »²³, ce qui révèle une utilisation du droit primaire de l'Union Européenne comme étant aussi un argument constitutionnel.

D'une manière différente, le Conseil constitutionnel français, dans sa décision relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe, s'agissant de savoir si l'affirmation par celui-ci du principe de primauté de l'Union était conforme à la Constitution française, n'y voit pas de problème. Se référant notamment à l'article I-5 qui énonce que « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles », le Conseil considère qu'ainsi le traité établissant une Constitution pour l'Europe ne confère pas au principe de primauté une portée différente de celle qu'il avait antérieurement, la Constitution française gardant sa place au

²³ Déc. du 30 Juin 2009, précit.

sommet de l'ordre juridique interne²⁴. Autrement dit, les cours constitutionnelles considèrent que la notion d'identité nationale recouvre celle d'identité constitutionnelle.

Du côté de la Cour de justice de l'Union Européenne, la formation du lien entre la défense de l'identité constitutionnelle et le respect de l'identité nationale allait progressivement passer d'une reconnaissance implicite à une reconnaissance explicite. Alors que la protection des droits fondamentaux en droit communautaire avait été renforcée par la Cour de Luxembourg consécutivement aux menaces exercées par les cours constitutionnelles allemande et italienne (voir supra), mais ceci par une référence aux traditions communes aux États membres²⁵, paradoxalement la prise en compte de l'identité constitutionnelle allait permettre d'accepter une spécificité nationale d'abord dans ce domaine des droits fondamentaux.

Ainsi est-ce le cas dans l'arrêt Omega²⁶; dans cette affaire, la question soulevée concernait la compatibilité d'une mesure d'interdiction, prise par l'autorité de police de Bonn, d'une activité considérée comme contraire au respect de la dignité humaine, tel que consacré par la Constitution allemande, avec les libertés fondamentales du marché intérieur (libre prestation de services, libre circulation des marchandises). Constatant tout d'abord que « l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit », et ceci en référence aux traditions constitutionnelles communes aux États membres, la Cour en conclut que le respect de la dignité humaine constitue « un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire ». Mais étant ici devant une conception originale de la protection de la dignité humaine, elle va ensuite admettre « qu'il n'est pas indispensable que la mesure édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne

²⁴ Conseil Const. français, 19 novembre 2004, traité établissant une Constitution pour l'Europe.

²⁵ Voir CJCE, 14. 03. 1974, *Nold*, 4/73.

²⁶ CJUE, 14. 10. 2004, *Omega*, C-36/02.

les modalités de protection d'un droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause » ; et elle relève que la mesure « correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la Constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la RFA ».

Ainsi, même si la clause du respect de l'identité nationale n'apparaît pas expressément dans son raisonnement, la Cour de justice de l'Union Européenne admet que les particularités constitutionnelles nationales soient prises en compte pour limiter les libertés fondamentales.

Il faut dire que cette reconnaissance implicite de l'identité constitutionnelle, comme élément de la protection dû à l'identité nationale des États membres, pouvait se fonder sur la formulation renforcée de cette clause au fur et à mesure de la révision des traités fondateurs de l'Union Européenne. En effet d'emblée l'article F du Traité de Maastricht, qui a introduit pour la première fois le respect de l'identité nationale dans le droit primaire de l'Union, semblait consacrer cette dimension constitutionnelle : « L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques ». Après que le traité d'Amsterdam ait renforcé cette clause, qui devient l'objet de l'article 6, alinéa 3, l'article I-5 du traité établissant une Constitution pour l'Europe, consacré aux relations entre l'Union et les États membres, contient un paragraphe premier qui énonce: « l'Union respecte l'égalité des États membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ».

Après l'échec de ce traité, l'article 4 paragraphe 2 TUE reprend donc la même formulation, confirmant clairement cette dimension constitutionnelle de l'identité nationale. On ne peut alors s'étonner que plusieurs avocats généraux, incitant dans leurs conclusions, la Cour de Luxembourg à donner toute sa portée à cette clause du respect de l'identité nationale, lient cette notion à celle de l'identité constitutionnelle. Ainsi l'avocat général M. P. Maduro déclare que les juridictions constitutionnelles « étaient les mieux placées pour définir l'identité constitutionnelle des

États membres que l'Union Européenne s'est donnée pour mission de respecter » en référence à l'article 6 paragraphe 3 TUE²⁷.

Il n'est pas non plus étonnant de constater que la première référence explicite au devoir pour l'Union Européenne de respecter d'identité nationale de ses États membres, en vertu de l'article 4 paragraphe 2 TUE, concerne la défense de l'identité constitutionnelle: « il y a lieu d'admettre que dans l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes ». Dans cet arrêt la Cour affirme aussi « qu'il convient également de rappeler que, conformément à l'article 4 paragraphe 2 TUE, l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres dont fait aussi partie la forme républicaine de l'État »²⁸.

Le fait que l'identité nationale englobe l'identité constitutionnelle est régulièrement réitéré par les avocats généraux ; ainsi dans l'affaire Melloni : « nous précisons que la position que nous proposons à la Cour de retenir... n'aboutit pas à nier la nécessité de prendre en compte l'identité nationale de ses États membres dont l'identité constitutionnelle fait assurément partie »²⁹.

A contrario, le rejet de la tentative de la Cour constitutionnelle allemande, dans l'affaire *Gauweiler*, de dissocier, dans le cadre de son premier renvoi préjudiciel à la Haute juridiction de l'Union, l'identité constitutionnelle de l'identité nationale protégée par l'article 4 paragraphe 2 TUE, confirme ce lien: « À l'inverse, un esprit bien compris d'ouverture au droit de l'Union devrait faire naître, à moyen et à long terme, un principe de congruence essentielle entre l'identité constitutionnelle de l'Union et celle de ses États membres »³⁰.

Enfin, on voit poindre, derrière cette admonestation la complexité de l'articulation entre droit de l'Union et droit constitutionnel, aspect important de l'originalité de l'Union Européenne elle-même.

²⁷ Conclusions M. Poiares Maduro **CJCE**, 7. 09. 2006, *Marrosu*, C-53/04.

²⁸ **CJUE**, 22. 12. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

²⁹ Conclusions Y. Bot, **CJUE**, 26. 02. 2013, *Melloni*, C-399/10. Voir aussi du même avocat général, **CJUE**, 5. 12. 2017, *MAS*, C-42/17.

³⁰ Conclusions P. Cruz, **CJUE**, 16. 06. 2015, *Gauweiler*, C-62/14.

II. Une notion révélatrice de l'originalité de l'Union Européenne

II.1. Une primauté du droit de l'Union sur le droit constitutionnel à nuancer

La question d'une éventuelle nuance à apporter à la primauté du droit de l'Union sur le droit constitutionnel peut à l'évidence être posée du fait de la prise en considération de l'identité constitutionnelle sous couvert de l'identité nationale. Mais la mesure de cette nuance nécessite de revenir d'abord à la conception de la Cour de justice de Luxembourg quant à la primauté du droit de l'Union.

1) On connaît la conception d'une primauté absolue du droit de l'Union sur le droit des États membres développée par la Cour de Luxembourg dans cet arrêt fondateur *Costa/ENEL*³¹. On peut évoquer une primauté absolue, à la fois du fait des fondements donnés par la Cour à cette primauté mais aussi du fait de la portée qu'elle lui attribue.

S'agissant des fondements, on sait que la Cour de justice se réfère à la nature de la Communauté Européenne³² ainsi qu'à la nature de l'ordre juridique communautaire³³. Quant à la portée, une primauté de tout le droit de l'Union sur un « texte interne quel qu'il soit « apparaît comme » une exigence existentielle » de la Communauté. D'emblée le droit constitutionnel est visé par cette conception d'une primauté absolue, d'autant, comme on le sait, que le recours exercé par la voie préjudicielle suivait une décision de la Cour constitutionnelle italienne, qui avait déclaré conforme à la Constitution les actes internes concernés.

³¹ CJCE, 15. 07. 1964, *Costa/ENEL*, 6/64.

³² «En instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétences ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité leurs droits souverains...»

³³ «A la différence des traités ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres... et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes»

Cette primauté absolue du droit de l'Union, y compris sur le droit constitutionnel, sera consolidée par la jurisprudence ultérieure³⁴. Or, du point de vue de la Cour de Luxembourg, la prise en considération du respect de l'identité constitutionnelle à travers l'identité nationale ne semble a priori pas devoir remettre en cause cette conception d'une primauté absolue. Si nombreux sont les arrêts par lesquels la Haute juridiction de l'Union réaffirme la primauté du droit de l'Union sur le droit national, en dépit d'arrêts de juridictions constitutionnelles ou de cours suprêmes nationales³⁵, particulièrement intéressant du point de vue de la problématique identité nationale/ principe de primauté, apparaît l'arrêt *Melloni*. Alors que le gouvernement espagnol avait invoqué le respect de son identité constitutionnelle, la Cour rappelle fermement : « il est en effet de jurisprudence bien établie qu'en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, qui est une caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union, le fait pour un État membre d'invoquer des dispositions de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, ne saurait affecter l'effet du droit de l'Union sur le territoire de cet Etat »³⁶.

En même temps ce rappel illustre bien que la prétendue primauté absolue est plutôt ce que l'on pourrait appeler une « prévalence utilitaire ». En effet, sous cette énonciation d'une primauté absolue, la Cour de Luxembourg a surtout voulu affirmer la nécessité pour le droit de l'Union d'être effectif dans les ordres juridiques nationaux. Cette obligation d'une effectivité du droit de l'Union se traduit notamment par l'obligation de réparer, en cas de manquement par un Etat, qui fait partie des conséquences de l'arrêt *Costa*³⁷, tout autant que l'effet d'éviction de la norme

³⁴ Voir notamment **CJCE**, 17. 12. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70; **CJCE**, 17. 10. 1989, *Dow Chemical Iberia*, C-97/87; **CJCE**, 11. 01. 2000, *Tanya Kreil*, C-285/98.

³⁵ Voir notamment **CJUE**, 19. 11. 2009, *Filipiak*, C-314/08; **CJUE**, 8. 09. 2010, *Winner Wetten*, C-409/06; **CJUE**, 15. 01. 2013, *Krizan*, C-416/10; **CJUE**, 20. 12. 2017, *Global Starnet Ltd*, C-322/16.

³⁶ **CJUE**, 26. 02. 2013, *Melloni*, aff. précit.

³⁷ Voir notamment **CJCE**, 19. 11. 1991, *Francovich et Bonifaci*, C-46/93; **CJCE**, 5. 03. 1996, *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93; **CJCE**, 5. 03. 1996, *Factortame*, C-48/93; **CJCE**, 30. 09. 2003, *Köbler*, C-224/01.

nationale contraire, ainsi que l'exigence d'une interprétation conforme au droit de l'Union.

2) Du côté des Cours constitutionnelles nationales, la primauté du droit de l'Union sur le droit des États membres procède aussi finalement de cette prévalence utilitaire. C'est que « la prévalence de la norme européenne sur la norme nationale n'est pas fondée sur ses qualités intrinsèques, elle procède des acceptations constitutionnelles nationales. La primauté du droit de l'Union est une primauté concédée »³⁸. On a vu que les cours constitutionnelles nationales, allemande et française, avaient profité de l'examen des derniers traités fondateurs pour rappeler que la Constitution restait au fondement de la primauté du droit de l'Union (voir supra). De ce point de vue, quel est l'apport spécifique de la prise en considération de l'identité constitutionnelle quant au rapport entre droit de l'Union et droit constitutionnel?

Cet apport doit être analysé à partir du caractère normatif hybride de la notion d'identité constitutionnelle. On a vu que l'identité constitutionnelle était d'abord l'expression directe ou indirecte d'une exigence issue du droit constitutionnel interne. En France, le contrôle que le Conseil constitutionnel peut exercer sur la transposition en droit interne des directives, est d'abord fondé sur l'article 88 paragraphe 1er de la Constitution, lequel implique que la transposition en droit interne d'une directive communautaire « résulte d'une exigence constitutionnelle »³⁹. De manière plus directe, la Cour constitutionnelle allemande considère que l'identité constitutionnelle est d'abord « l'expression contractuelle » du fondement que le pouvoir de l'Union puise dans les Constitutions des États membres»⁴⁰.

Pourtant, en même temps, ces cours reconnaissent que l'identité constitutionnelle (voir supra) est aussi un principe de droit européen, ce que confirme la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union. On peut donc considérer que l'identité constitutionnelle relève de deux ordres juridiques ; c'est dans ce sens

³⁸ Voir à ce sujet **D. Ritleng**, *Le principe de primauté du droit de l'Union: quelle réalité?*, Revue de l'Union Européenne, déc. 1995, n° 593, p. 630-637.

³⁹ Déc. du 27 juillet 2006, préc.

⁴⁰ Déc. du 30 juin 2009, préc.

une norme hybride. Ce caractère l'expose à un risque ; celui, déjà évoqué, de qui possède le pouvoir du dernier mot.

Dans sa décision *Lisbonne*, la Cour de Karlsruhe déclare que « dans le cadre de sa compétence, il revient à la Cour constitutionnelle fédérale de vérifier, le cas échéant... que le noyau dur intangible de l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale... n'est pas atteint... Tant le contrôle ultra vires que le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle peuvent conclure à ce qu'une disposition du droit de l'Union soit déclarée inapplicable en Allemagne »⁴¹. Cette menace (voir supra) sera mise en œuvre dans l'affaire *Gauweiler*, dans laquelle la Cour allemande, dans le cadre de son premier renvoi préjudiciel, avertit que, si la Cour de justice ne posait pas des limites au programme d'opérations monétaires sur titres lancé par la Banque centrale européenne, elle devrait le juger ultra vires comme mettant en cause l'identité constitutionnelle. La Cour constitutionnelle allemande avait déjà réagi à un arrêt de la Cour de Luxembourg qui reconnaissait, selon elle, une large portée à la Charte des droits fondamentaux à l'égard des actes des États membres, en affirmant qu'il fallait donner à cette solution une interprétation stricte sous peine de devoir la considérer comme étant ultra vires⁴².

La même Cour constitutionnelle a, d'une manière indirecte, contesté aussi la solution rendue par la Cour de Luxembourg dans l'arrêt *Melloni* et ceci par un contrôle de l'identité constitutionnelle. En considérant que, si la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen prévoyait des garanties suffisantes pour les personnes jugées en leur absence, il existait un doute sur l'effectivité de sa mise en œuvre en Italie, ce pays admettant une condamnation par défaut ne donnant aucune possibilité réelle à l'accusé d'exercer son droit de défense⁴³.

Même si les arrêts ultra vires sont rares, il en existe cependant. Ainsi en est-il de la Cour constitutionnelle tchèque⁴⁴ et aus-

⁴¹ Déc. du 27 juin 2009, préc.

⁴² Cour Const. allemande, 24 avril 2013, Bases de données anti-terrorisme, consécutive à **CJUE**, 26. 02. 2013, *Åkerberg Franson*, C-617/10.

⁴³ Cour Const. allemande, 26 janvier 2016.

⁴⁴ Cour Const. tchèque, Arrêt du 31 janvier 2012, Affaire des pensions slovaques, consécutif à **CJUE**, 22. 06. 2011, *Landtova*, C-399/09.

si de la Cour suprême du Danemark⁴⁵. Mais la rareté, en tout cas à ce jour, des cas de remise en cause directe d'arrêts de la Cour de justice peut s'expliquer précisément grâce au caractère hybride de la norme de l'identité constitutionnelle. La possibilité que le dernier mot soit revendiqué par les juridictions suprêmes des deux ordres juridiques peut inciter celles-ci à la prudence. Il faut d'ailleurs remarquer que la Cour constitutionnelle allemande avait eu l'occasion de corriger, en la nuanciant, sa décision *Lisbonne*⁴⁶. Si, dans cette décision, elle répète qu'elle peut contrôler les actes des institutions européennes dépassant l'exercice des compétences faisant partie du noyau intangible de l'identité constitutionnelle, elle précise que les conditions d'un contrôle *ultra vires* doivent être remplies: « Il faut pour cela que la violation des compétences par les autorités de l'Union soit manifeste et que l'acte attaqué provoque, au détriment des États membres, une modification structurelle significative dans l'ordonnement des compétences ».

C'est ainsi que l'arrêt *Gauweiler* rendu par la Cour de justice de l'Union Européenne, interprétant le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne comme autorisant le Système Européen des banques centrales à réaliser des opérations monétaires sur titres, entouré de précisions utiles, n'a pas suscité de réactions de la part de la Cour de Karlsruhe.

Une affaire récente illustre parfaitement cette prudence, de la part de la Cour de Luxembourg, base d'une acceptation des cours constitutionnelles nationales. Dans un premier arrêt, la Cour de Luxembourg avait jugé que la protection des intérêts financiers de l'Union devait obliger un Etat, l'Italie, à laisser inappliquée toute disposition de droit interne, y compris une réglementation en matière de prescription des infractions pénales établie par le code pénal italien⁴⁷. La Cour constitutionnelle, devant la contestation de la Cour Suprême de Cassation italienne, décide

⁴⁵ Cour suprême du Danemark, Arrêt du 6 décembre 2016, Ajos, qui fait suite à **CJUE**, 19. 04. 2016, *DI*, C-441/14, relatif au principe de non-discrimination en raison de l'âge.

⁴⁶ Cour Const. allemande, 6 juillet 2010, Honeywell.

⁴⁷ **CJUE**, 8. 09. 2015, *Taricco*, C-105/14.

de saisir la Cour de Luxembourg, affirmant qu'une telle obligation était susceptible de violer le principe de légalité des délits et des peines, affectant ainsi l'identité constitutionnelle de la République italienne. La Cour de justice de l'Union Européenne, notant que le principe de légalité des délits et des peines fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres, renvoie au juge national le soin de constater que « si l'obligation de laisser inappliquées les dispositions du Code pénal en cause se heurtait au principe de légalité des délits et des peines, il ne serait pas tenu de se conformer à cette obligation et ce même si le respect de celle-ci permettait remédier à une situation incompatible avec le droit de l'Union »⁴⁸.

On voit, à travers cet exemple, que la défense de l'identité constitutionnelle, norme hybride, provoque un dialogue des juges qui permet de désamorcer le risque de clash. Cette « fonction identitaire »⁴⁹ du dialogue des juges, transforme ainsi cette norme de résistance en cette « norme de convergence »⁵⁰ souhaitée, entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'Union. Cette primauté originale du second sur le premier renvoie à la nature originale de l'Union Européenne elle-même.

II.2. Une notion révélatrice de la nature de l'Union européenne

La défense de l'identité constitutionnelle, à travers le respect de l'identité nationale, s'impose comme un principe d'interprétation au service d'une Union d'États et de citoyens et comme un droit fondamental révélateur d'une possible fédération d'États nations en émergence.

1) « On assiste ainsi à l'essor d'un véritable principe d'interprétation consistant pour la Cour à donner à la règle communautaire une signification qui, tout en étant autonome, soit, dans

⁴⁸ CJUE, 5. 12. 2017, MAS, C-42/17.

⁴⁹ Selon l'expression de **G. Marti**, *L'avenir de la primauté: le dialogue des juges?*, RUE, n°593, déc. 2015, pp 638-648.

⁵⁰ Selon l'expression de **F. X. Millet**, *L'Union Européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2013.

toute la mesure du possible, respectueuse de l'identité constitutionnelle de l'Etat membre »⁵¹. La prise en considération croissante du respect de l'identité nationale, dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, vient en effet à l'appui de l'émergence d'un véritable principe d'interprétation du droit de l'Union, mais rien qu'un principe d'interprétation.

Face à l'invocation, par la République française, de la laïcité comme élément de l'identité nationale française, protégée par l'article 4 paragraphe 2 TUE, pour restreindre le champ d'application de la directive 2000/78/CE, l'avocat général réplique que « l'obligation pour l'Union de respecter l'identité nationale de ses États membres, prévue à l'article 4 paragraphe 2 TUE, ne permet pas à elle seule de conclure que certaines matières ou certains domaines échapperaient complètement au champ d'application de la directive... En réalité c'est l'application de cette directive qui ne peut pas porter atteinte à l'identité nationale des États membres. Il s'ensuit que l'identité nationale, en tant que telle, ne limite pas le champ d'application de la directive mais doit être dûment prise en compte lors de l'interprétation du principe d'égalité de traitement qu'elle prévoit »⁵². Cette fonction purement interprétative de l'invocation du respect de l'identité nationale sera répétée⁵³. A contrario le refus d'assigner, à ce jour, à l'article 4 paragraphe 2 une portée permettant d'affecter la validité d'un acte de l'Union confirme cette fonction purement interprétative du principe du respect de l'identité nationale⁵⁴.

Ce principe d'interprétation, en tant qu'il permet de défendre l'identité constitutionnelle d'un Etat, vient, en tout état de cause, d'abord au service de la défense des intérêts de l'État. Même si par ce biais ce principe, en même temps, peut être au service des droits individuels ; la référence à l'identité constitutionnelle (on l'a vu) pouvant être au service d'une conception particulière des droits fondamentaux des personnes. Mais le plus souvent il sera

⁵¹ **D. Ritleng**, *De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union*, RTDE, oct.-déc. 2009, p 692.

⁵² Conclusions J. Kokott, **CJUE**, 14. 08. 2017, *Achbita*, aff. précit.

⁵³ Voir Conclusions E. Tanchev, **CJUE**, 17. 04. 2018, *Egenberger*, C-414/16.

⁵⁴ Conclusions Y. Bot, **CJUE**, 5. 12. 2017, *M.A.S.*, aff. préc.; voir aussi **CJUE**, 17. 07. 2014, *Torresi*, aff. C-58 et 59/13.

mis en balance avec des droits individuels : « il peut arriver que les droits individuels, garantis par le droit de l'Union, entrent en conflit potentiel avec l'identité nationale des États membres que cette même Union s'est également engagée à respecter, comme cela ressort de l'article 4 paragraphe 2 TUE. Dans un tel cas la Cour doit procéder à une mise en balance, nécessaire mais délicate, de ces deux intérêts a priori divergents par la mise en œuvre du principe de proportionnalité »⁵⁵. Cette mise en balance entre, d'un côté, le droit pour l'État de voir respecter son identité constitutionnelle et, d'un autre côté, la protection de droits individuels est notamment mise en œuvre dans le domaine des libertés fondamentales du marché intérieur. La Cour de justice considère que l'invocation de l'article 4 paragraphe 2 peut justifier une atteinte légitime aux différentes libertés de circulation, pourvu que la mesure soit proportionnelle. Cette situation est révélatrice de ce conflit potentiel qui peut advenir dans cette Union d'États et de citoyens qu'est l'Union Européenne⁵⁶.

Mais l'invocation d'un droit au respect de son identité nationale par un Etat révèle aussi la nature profonde de cette forme d'organisation politique qu'est cette Union. Le droit au respect de l'identité nationale est un élément fondamental de ce que l'on peut appeler le statut « d'État intégré ». L'État membre de l'Union reste un État souverain, ce que réaffirme très clairement le traité de Lisbonne.

En indiquant que les États gardent la compétence de la compétence (article 4 paragraphe 1, article 5 paragraphe 1 TUE), en introduisant explicitement le droit de retrait de l'Union Européenne (article 50)⁵⁷, en indiquant que l'Union respecte « les

⁵⁵ Conclusions G. Pitruzzella, **CJUE**, 10. 07. 2019, A, C-89/18.

⁵⁶ Voir notamment **CJCE**, 2. 07. 1996, *Commission/Luxembourg*, C-473/93; **CJCE**, 5. 03. 2009, *U.T.E.C.A.*, C-222/08; **CJUE**, 22. 12. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09; **CJUE**, 12. 05. 2011, *Runevic-Vardyn*, C-391/09; **CJUE**, 24. 05. 2011, *Commission/Luxembourg*, C-51/08; **CJUE**, 16. 04. 2013, *Las*, C-202/12; **CJUE**, 2. 06. 2016, *Bogendorff*, C-438/14; **CJUE**, 18. 07. 2017, *Erzberger*, C-566/15; **CJUE**, 5. 06. 2018, *Coman*, C 673/16.

⁵⁷ Voir à ce sujet, **CJUE**, 10. 12. 2018, *Wightman*, C-621/18: « La décision de retrait relève de la seule volonté de cet État membre dans le respect de ses règles constitutionnelles et dépend donc de son seul choix souverain ».

fonctions essentielles de l'État » (article 4 paragraphe 2 TUE), le traité de Lisbonne rappelle très fortement que l'État membre de l'Union garde la souveraineté à la fois formelle et substantielle. Mais en entrant, au titre de cette souveraineté, dans l'Union, dont il peut aussi librement en sortir, l'État membre de l'Union incorpore un statut d'État intégré, qui, comme tout statut, comporte des droits et les obligations. Ceux-ci sont fixés par l'article 4 paragraphe 2 et paragraphe 3 TUE, qui reprend l'article I-5 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, dont l'objet était d'énoncer les relations entre l'Union Européenne et les États membres.

Du côté des obligations, elles se ramènent à cette obligation fondamentale qu'est le principe de coopération loyale, auquel on le sait, la jurisprudence a donné une portée remarquable. Du côté des droits, le droit au respect de l'identité nationale peut être qualifié de « droit fondamental ». Cette doctrine des droits fondamentaux des Etats est, dans son origine, liée à la formation du droit international. Elle postule qu'il existe des droits, auxquels un Etat ne peut renoncer sans altérer ou anéantir son statut d'État. Cette doctrine fut abandonnée, en droit international, notamment parce que les dits droits relèvent de la souveraineté, laquelle est une qualité de l'État et non pas un véritable droit ; d'autant que dans un ordre juridique interétatique, horizontal, un tel droit ne pouvait pas recevoir une véritable protection. Si cette théorie a donc été abandonnée en droit international, elle est réapparue en droit interne ; à travers l'identité constitutionnelle, il y a une référence à une sorte d'indisponibilité de la puissance de l'État, faute de quoi il ne serait plus un véritable Etat. On peut alors soutenir que l'invocation de cette identité, dans le cadre de l'Union Européenne, devient un droit fondamental que les États membres revendiquent en vue qu'il soit effectivement protégé. Ainsi le droit au respect de l'identité nationale est un élément du statut d'État intégré, auquel répond le principe de coopération loyale⁵⁸. A travers cet élément du statut d'État intégré, on touche aussi à la nature fédérative de l'Union Européenne.

⁵⁸ Ce que rappelle l'avocat général M. Wathelet, **CJUE**, 11. 01. 2018, *Coman*, aff précit.: « S'il devait être considéré que la conception du mariage touche

2) En effet l'émergence d'un droit pour les États membres au respect de leur identité nationale, fait croiser cette jurisprudence avec le renouvellement des réflexions sur la notion de « Fédération », laquelle se distingue à la fois de l'État fédéral et de la Confédération. À la différence de celle-ci, la Fédération lie les États membres, qui en font partie, par un pacte constitutionnel qui concrétise une interdépendance forte et qui les fait entrer dans un statut particulier. À la différence de l'État fédéral, en tant qu'Union d'États, la Fédération n'implique par l'absorption des États qui en font partie, lesquels ne perdent pas ainsi leur qualité d'État⁵⁹. « Le devoir pour l'Union Européenne de respecter l'identité nationale des États membres, s'impose à elle depuis l'origine. Il participe en effet de l'essence même du projet européen initié en au début des années 1950, qui consiste à avancer sur la voie de l'intégration tout en préservant l'existence politique des États »⁶⁰; cette opinion correspond bien à cette notion de Fédération. Par ailleurs la prévalence utilitaire, caractérisant la réalité des rapports entre droit de l'Union et droit des États membres, plutôt que de renvoyer à une primauté absolue comme dans un État fédéral, correspond bien au pluralisme qui existe dans une Fédération. Enfin la notion de pacte constitutionnel, sur laquelle repose la Fédération, semble pouvoir être transposée aux traités fondateurs de l'Union Européenne, internationaux dans la forme, largement constitutionnels dans le contenu, même si de ce point de vue, le Traité établissant une Constitution pour l'Europe aurait été plus significatif que le traité de Lisbonne.

Si l'on peut soutenir ainsi que le droit au respect de l'identité nationale est un élément permettant de faire apparaître l'Union Européenne comme une Fédération en émergence, il semblerait aussi que la jurisprudence relative pourrait même autoriser de qualifier l'Union Européenne comme étant une Fédération d'États-nations en émergence.

à l'identité nationale... l'obligation de respecter cette identité, qui figure à l'article 4 paragraphe 2 TUE, ne peut se lire indépendamment de l'obligation de coopération loyale inscrite au paragraphe 3 de la même disposition ».

⁵⁹ Sur cette théorie de la Fédération, voir **O. Beaud**, *Théorie de la Fédération*, PUF, Léviathan, Paris, 2007.

⁶⁰ Conclusions P. Maduro, **CJCE**, 16. 12. 2008, *Michaniki*, C-213/07.

En effet finalement cette jurisprudence renvoie à deux grandes déclinaisons. La première de ces déclinaisons se réfère au respect de l'organisation politico-institutionnelle des États membres de l'Union, qui elle-même recouvre plusieurs aspects. D'abord le respect de la forme de l'État et du régime politique⁶¹; ensuite le respect de son organisation infra-étatique⁶²; enfin le respect de la spécificité du secteur public, des marchés publics, des fonctions d'autorité publique⁶³. La deuxième de ces déclinaisons renvoie au respect de l'identité culturelle de la nation, laquelle recouvre également plusieurs aspects. D'abord le respect de l'identité linguistique⁶⁴; ensuite le respect des particularités socioculturelles⁶⁵; enfin le respect de la conception nationale des valeurs⁶⁶. Or la jonction de ces deux grandes déclinaisons, la dimension politico-institutionnelle et la dimension culturelle, est particulièrement intéressante car on ne peut s'empêcher de penser aux caractéristiques de l'État-nation dont l'apparition renvoie, à la fin du Moyen-Âge, à la congruence d'une identité politico-constitutionnelle et d'une identité culturelle⁶⁷.

Cela pourrait signifier que l'Union Européenne, telle que l'entrevoyait, en tout cas, la Cour de Luxembourg, d'un côté, tend à reconnaître la réalité des États-nations qui la composent, même si, d'un autre côté, l'intégration européenne contribue à désolidariser le lien entre l'État et la nation. La Cour de Luxembourg est

⁶¹ **CJUE**, 22. 12. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. précit ; **CJUE**, 2. 06. 2016, *Bogendorff*, aff. précit.

⁶² **CJUE**, 12. 06. 2014, *Digibet*, C-156/13; **CJUE**, 17. 11. 2015, *Regio-Post*, C-115/15.

⁶³ **CJUE**, 16. 12. 2008, *Michaniki*, C-213/07; **CJUE**, 24. 05. 2011, *Commission/Luxembourg*, C-51/08; **CJUE**, 17. 07. 2014, *Torresi*, C-58 et 59/13; **CJUE**, 30. 12. 2016, *Remondis*, C-51/15.

⁶⁴ **CJUE**, 5. 03. 2009, *U.T.E.C.A.*, C-222/08; **CJUE**, 12. 05. 2011, *Runevic-Vardyn*, C-391/09; **CJUE**, 16. 04. 2013, *Las*, C-202/11.

⁶⁵ **CJUE**, 2. 07. 1996, *Commission/Luxembourg*, C-473/93; **CJUE**, 18. 07. 2017, *Erzberger*, C-566/15; **CJUE**, 17. 04. 2018, *Egenberger*, C-414/16; **CJUE**, 5. 07. 2018, *Coman*, C-673/16.

⁶⁶ **CJUE**, 22. 12. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-202/09; **CJUE**, 26. 02. 2013, *Melloni*, C-399/11; *CJUE*, 2. 06. 2016, *Bogendorff*, C-438/14; **CJUE**, 14. 03. 2017, *Achbita*, C-157/15.

⁶⁷ **E. Gellner**, *Nations et nationalisme*, Payot, 1989.

à l'évidence, poussée par les gouvernements, à la recherche d'un équilibre entre ces deux tendances, équilibre qui est au cœur de la notion de Fédération. L'avenir dira si l'Union Européenne répond de plus en plus à ce schéma d'une Fédération d'États- nations, grâce à cet équilibre trouvé, ou si, ce que l'on peut craindre dans le contexte actuel, la montée des nationalismes la fait rentrer dans cette espèce classique des organisations internationales.

CAN CONSTITUTIONAL COURTS DELIMIT EUROPEAN IDENTITY?¹

Ineta Ziemele

In this paper I would like to discuss the separate nature of the legal orders of the Member States of the European Union (hereafter – the EU) and what makes each one of them unique, on the one hand. On the other hand, today within the legal space of the European Union we go beyond what separates these legal systems and we build on what unites them. It is in this context that I pose the question whether Constitutional Courts of the European Union can also delimit the European identity.

It is important at the beginning to identify the way I look at the relationship between national, European and international legal orders. In view of the theories of law developed since the 19th century and the practice in constitutional law today, we have at least three possible approaches which I sum up in a simple way for the purposes of this paper. There is an approach that explains this relationship by reference to the autonomous but interrelated character of the different legal systems. For instance, the Italian Constitutional Court has repeatedly indicated that the Italian and the EU legal systems “are configured as distinct and mutually autonomous, even if coordinated”.² There still persists an approach that insists, in principle, on their separate nature. For example, the Russian Constitutional Court in the *Yukos* case stated as follows: “Recognizing the fundamental significance of the European system of the protection of human rights and freedoms, [judgments of the European Court of Human Rights being

¹ The theme of this paper was initially presented during the conference organised by the Constitutional Court of Hungary in Budapest, March 2019. I would like to thank Mr. Kristaps Tamužs, Advisor to the Constitutional Court of Latvia, for the research and assistance that went into preparing the presentation for the conference.

² Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Italy, 5 June 1984, case no. 170/1984, p. 4.

part of it,] the Constitutional Court of the Russian Federation is ready to look for a lawful compromise for the sake of maintaining this system, while reserving the right to determine its readiness for such a compromise, because it is the Constitution of the Russian Federation which outlines the boundaries of compromise regarding this issue”.³ And there is an approach, which I share, that points out that all legal systems are part of the global legal fabric, especially in an evidently globalized world which demands solidarity among the international actors, including states, going beyond the mere cooperation model of the 20th century.

To place these approaches specifically within the EU and national law relationship, there is not an immediately perceptible but an important difference of whether we conceive of their interaction as one of competing authorities or whether we say that they are all part of and contribute to the same European and global legal space.

It is against this background and by using examples from the case-law of the Constitutional Court of the Republic of Latvia that I will explain my views on the role of constitutional courts in delimiting European identity. I will reflect in the following three directions: (1) EU law as national law and vice versa, (2) building common European legal space within the respective competences separately but also together, and (3) better integration of the constitutional law discourse of the Member States within the case-law and working methods of the Court of Justice of the European Union.

All EU law is national law and *vice versa*

Rather soon after Latvia’s joining the EU the Latvian Constitutional Court stated the obvious: “after the ratification of the treaty on the accession of Latvia to the European Union, the law

³ Judgment of the Constitutional Court of the Russian Federation, 19 January 2017, case no. 1-П/2017 concerning the possibility of execution of the judgment of the European Court of Human Rights in the case “OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia”, p. 2. English translation of the judgment is available here: http://www.ksrf.ru/en/Decision/Judgments/Documents/2017_January_19_1-P.pdf. The cited excerpt has been edited for clarity.

of the European Union has become an indispensable part of Latvian law. Therefore legal acts of the European Union and their interpretation by the Court of Justice have to be taken into account when applying national legal acts".⁴ In fact, there are two possibilities and both have arisen in practice. First, the Constitutional Court may need to apply EU legal acts directly. Second, the Court may be called upon to incorporate into the interpretation of the national legal provisions the relevant principles that are deriving from the EU legal acts or have been identified by the Court of Justice. For the Constitutional Court this has meant that there have been inevitable consequences relating to the constitutional fabric of Latvia. For instance, the Court has implied that joining the EU has meant that Article 82 of the Constitution (which provides for a three-level system of courts in Latvia) has been amended to mean that the Court of Justice of the European Union also is one of the courts that "hears court cases in Latvia".⁵

The other side of the coin is at the first glance more difficult to accept. Taking into account the doctrines of primacy, supremacy and unity of the EU law, it might appear absurd to argue that all national law also forms part of the EU law. However, this difficulty needs to be addressed and dealt with and the way to do so is to confront the complex debate on the source of legitimacy of the EU legal system. As noted by Jürgen Habermas, "at the European level, the citizens should be able to form judgments and make political decisions simultaneously and on an equal footing both as EU citizens and as members of a particular nation belonging to the EU".⁶

Since it is the citizens as citizens of the Union and as citizens of Member States who are the source of law-making powers at the EU and the national levels, does it make legal and political sense to insist on sovereignty of each people rather than seeing that

⁴ Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, 17 January 2008, case no. 2007-11-03, p. 24.2.

⁵ Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 20 December 2006 in the case no. 2006-12-01, para. 9.2.

⁶ **J. Habermas**, *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law*, *The European Journal of International Law*, 2012, vol. 23, p. 343.

all the European people are the source of legitimacy of the common European legal space? The argument is not that the different people give up their sovereignty and the legal systems merge into one legal system. I argue that diversity remains the particular strength of the EU. However, more often than not changing the emphases could be helpful. Therefore a better acknowledgment that all national law contributes to the EU law would result in both a constant awareness of the domestic legal regulation by the EU decision-makers and a better legitimacy of the EU project.

Hence the conclusion that all national law is also EU law in a broader conceptual sense logically follows from the presumption that the citizens of Member States (who are also citizens of the Union) are rational persons and would not lend their sovereign power to a system in which their left hand (the EU) could supersede either without proper knowledge or proper procedures what their right hand (the respective Member State) is doing. Therefore ways should be found to enrich European legal discourse and decisions with national legal discourses of all Member States to a much greater extent.

There will be spheres in which elements of the common legal space of the Member States and the EU will be created only by Member States or only by the EU. If the common legal space of the EU and the Member States were to be seen as a large pie, decisions on a large majority of the surface of the pie will be made jointly by the EU and the Member States – either by means of formalised joint decision-making procedures (for instance, by Member States choosing how to implement directives) or by means of an informal mutual influence. However, it is inevitable and necessary that there will be rather narrow slices of the pie where decisions will be made exclusively either by one or the other.

Identities of the Member States and the EU as the demarcations of the zones of exclusive decision-making

The second premise of my paper is that in the common legal space of the European Union and the Member States the zones of exclusivity of decision-making are demarcated by their respective identities. The exclusivity of decision-making is justifiable

and should be permissible if it is necessary to safeguard what are after all narrowly defined identities.

The Constitutional Court of the Republic of Latvia has indicated that “provisions of Latvian law are to be interpreted in a way that removes conflicts with Latvia’s obligations towards the European Union, **unless this touches upon the basic principles included in the Constitution**”.⁷ These “basic principles” include “the fundament of an independent, sovereign and democratic republic based on the rule of law and fundamental rights” and “the right of the citizens to decide upon issues that are significant for a democratic state”.⁸

The EU’s main commitment now is towards “respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities” and the promotion of “pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men”.⁹

If one were to compare the general principles characterizing, for example, the Latvian constitutional identity and what has transpired in the legal scholarship and the case law of the Court of Justice with regards to fundamental principles of the EU, one could follow easily a very interesting view taken by Advocate General in the *Gauweiler* case on common constitutional culture as part of the EU identity:

“Specifically, the Court of Justice has given preference to those constitutional traditions when establishing a particular culture of rights, namely that of the Union. The Union has thus acquired the character, not just of a community governed by the rule of law, but also of a “community ... with a constitutional culture”. That common constitutional culture can be seen as **part of the common identity of the Union**, with the important consequence, to my mind, that the constitutional identity of each Member State, which of course *is specific to the extent necessary*,

⁷ Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, 17 January 2008, case no. 2007-11-03, p. 25.4, emphasis added.

⁸ Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, 7 April 2009, case no. 2008-35-01, p. 17.

⁹ Art. 2 TEU.

cannot be regarded, to state matters cautiously, as light years away from that common constitutional culture. Rather, a clearly understood, open attitude to EU law should in the medium and long term give rise, as a principle, to basic convergence between the constitutional identity of the Union and that of each of the Member States.”¹⁰

At the end of the day, it is probably not so much a question of the values that we share whose core elements have been agreed on, but **about the who and the how**, as European societies continue to evolve and converge in their value systems. It is here that a logical continuation of my argument appears in that also constitutional courts have a competence in delimiting European identity. In other words, you can approach the function of the constitutional courts in identifying and protecting the constitutional identity of a given society as something to separate this society from the common EU legal space or to the contrary – as something necessary and contributing to the common EU legal space. I argue that within the constitutional pluralist vision of the world and the world order one should find ways to accommodate and streamline all the legitimate authority claims with regards to common European constitutional culture.

National constitutional courts and the Court of Justice as the definers of the limits of identities

Within the common European legal space there are zones that are submitted to the exclusive authority of the Court of Justice and zones that are subject to exclusive authority of the constitutional courts. Most of the time, this has not generated any particular problems. However, in a more dynamic world with many more challenges that require a joint action, questions of who has the ultimate authority will arise more often. Furthermore, the outer limits of the areas of exclusive authority develop and change and the question how to determine these areas of possible overlap are arising more and more often. It seems natu-

¹⁰ Opinion of Advocate General Pedro Cruz Villallón in the case C-62/14 *Peter Gauweiler*, delivered on 14 January 2015, para 61; emphasis added.

ral that this role should be played by both the national constitutional courts and the Court of Justice.

It has been stated that national constitutional courts “are authorized to guard the inviolability of those national constitutional principles that are constitutive for democracy and the rule of law in the individual Member States”.¹¹ At the same time, it should not be disputed that the main task of the Court of Justice is that of “securing uniform interpretation of EU law ..., thereby serving to ensure its consistency, its full effect and its autonomy as well as, ultimately, the particular nature of the law established by the Treaties”.¹² In order to enable the Court of Justice to fulfil its role as the ultimate guardian of the consistency of the EU law, the domestic courts should not be in the position to question the need and occasionally the obligation to refer preliminary questions to the Court of Justice by applying Article 267 of the TFEU.¹³

With a view to this understanding of the functioning of national law and the EU law, it is typically argued that the national constitutional courts and the Court of Justice guard the borders of the zones of exclusive decision-making power and these borders coincide with identities of the Member States and the EU. In other words, the outer limit of the competence of the Court of Justice is the national identity of the Member States, while the limits of the discretion of the domestic courts are marked by the identity of the EU. Nevertheless, if it is accepted that national laws together with the EU law form and contribute to the European pluralist constitutional fabric then the ‘border discourse’ is not really the main paradigm.

¹¹ J. Habermas, *Op. cit.*, p. 341.

¹² CJUE, 18. 12. 2014, *Opinion 2/13*, p. 176.

¹³ On the approach of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, see the judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 13 October 2015 in the case no. 2014-36-01, p. 14.

Conclusion – sincere cooperation (seen as a two-way street) as the way to resolve conflicts

This brings me to my final premise for the paper. Conflicts between national constitutional courts and the Court of Justice, be they seeming or real, have in fact been very few in numbers; however, they are being still conceived in terms of possible incursions by one of the partners in the identity of the other one. Such a conception represents a competing world view also within the context of the EU. To the extent that we have not moved away from the view that the constitutional courts have the exclusive competence to guard the constitutional legal order and the Court of Justice has the exclusive competence to guard the unity of the EU legal order, we will continue the discourse that we have known for last 15 or 20 years, namely that of competing authority. Since 2004 there have been some successful steps taken towards the new paradigm of constitutional pluralist view but there have also been failures. It is true that older EU member states have had more time to reflect on the changed concept of state sovereignty while the more recent member States have had relatively little time for that and that aspect, too, generates difficulties.¹⁴

The tool for avoiding and resolving such conflicts is the principle of sincere cooperation laid down in Article 4(3) TEU. However, for this tool to be used effectively the cooperation has to actually be cooperation and it has to be actually sincere. The cooperation as a two-way street means that the constitutional courts too should see their arguments and reasoning reflected in the arguments of the Court of Justice. Pluralist outlook requires to reconsider the methodology of the judgments of the Court of Justice. I would suggest that the next step is to find the ways and means to show that not only national courts apply and are inspired by the EU law, as interpreted by the EU courts, but also that the EU courts are influenced by consensus emerging at the level of constitutional adjudication across Europe. The comparative law research is important for the work of the Court of Jus-

¹⁴ More on this point, see **A. Albi**, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University, Cambridge, 2005.

tice. Comparative constitutional law especially in cases raising issues under the Fundamental Rights Charter could be made more prominently part of the work of the Court of Justice in order to build further the sincere cooperation principle.

The national constitutional courts and the Court of Justice would contribute jointly to building European identity if the cooperation as a two-way street.¹⁵ In a truly common legal space of the EU and its Member States the key is good faith, good intentions and the degree of synergies inspired by all stake-holders.

¹⁵ Speech “The Role of the Constitutional Court in the Globalised World: New Challenges, Old Virtues?” by judge Matej Accetto of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia at the bilateral meeting of the judges of the Constitutional Court of the Republic of Latvia and the judges of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia, held in Riga on 3–5 October 2018.