

Mr Žaklina NOVIČIĆ¹
Nemanja PETROVIĆ²

Zabrana diskriminacije u pravu EU: „Horizontalizacija” opšteg principa i direktive u predmetima Mangold i Kucukdeveci

APSTRAKT

U dva predmeta, *Mangold* i *Kucukdeveci*, od Evropskog suda pravde zatraženo je da se izjasni o legalnosti, sa stanovišta EU, nekih odredaba nemačkih unutrašnjih zakona iz oblasti rada i zapošljavanja, za koje se sumnjalo da predstavljaju *de facto* diskriminaciju na osnovu starosti. U oba slučaja Evropski sud pravde presudio je da nacionalni sudovi moraju da ponište svaku nacionalnu normu koja je u suprotnosti sa opštim principom jednakog tretmana, tj. principom zabrane starosne diskriminacije na osnovu njegove direktne horizontalne primene u radnopravnim sporovima između privatnih lica. Predmet ovog teksta je ta svojevrsna „horizontalizacija” jednog opšteg principa, u ovim slučajevima zabrane diskriminacije, i moguće posledice takvog razvoja u postlisabonskom pravnom i političkom aranžmanu Evropske unije.

Ključne reči: Zabrana starosne diskriminacije, jednak tretman u radu i zapošljavanju, opšti princip Evropske unije, Direktiva 2000/78, Povelja o osnovnim pravima, Evropski sud pravde, nacionalni sudovi, Mangold, Kucukdeveci.

Uvod

U predmetima *Mangold* (2005) i *Kucukdeveci* (2010), od Evropskog suda pravde (u daljem tekstu: ESP) zatraženo je da se izjasni o legalnosti, sa stanovišta Evropske unije (EU), nekih odredaba nemačkih zakona iz oblasti rada i zapošljavanja za koje se tvrdilo da njihova primena predstavlja *de facto* starosnu

¹ Istraživač – saradnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd.

² Stručni saradnik, Privredna komora Srbije, Beograd.

diskriminaciju.³ U oba slučaja ESP je presudio da nacionalni sudovi ponište norme nacionalnih zakona koje su u suprotnosti sa opštim principom zabrane starosne diskriminacije, na osnovu njegove direktne horizontalne primene u radnopravnim sporovima između privatnih lica. To je svojevrsna „horizontalizacija” jednog opšteg principa, u ovom slučaju zabrane diskriminacije.⁴

Princip zabrane diskriminacije kodifikovan je i u Direktivi Saveta br. 2000/78 iz 2000. godine. Međutim, u vreme spora *Mangold*, u Nemačkoj je još trajao proces uvođenja te direktive u domaće zakone, a direktive same po sebi ne uređuju sporove između privatnih lica — nemaju direktno horizontalno dejstvo.⁵ Dok je retroaktivno dejstvo Direktive u slučaju *Mangold* bilo posebno sporan aspekt presude ESP, u vreme spora *Kucukdeveci*, u Nemačkoj je „Antidiskriminaciona direktiva“ već bila u potpunosti operativna. ESP je tada pojasnio da na direktive mogu da se pozivaju direktno privatna lica u sporovima protiv drugih privatnih lica ako sadržaj direktive izražava i precizira opšti princip zabrane diskriminacije. ESP je time potvrdio horizontalizaciju opšteg principa i, preko njega, odnosne direktive, i precizirao uslove za to.

U međuvremenu, snagu osnivačkih ugovora stekla je „Povelja o osnovnim pravima“ koja, takođe, kodifikuje antidiskriminacioni princip, što je ESP spomenuo u drugoj presudi, ali je izbegao da to posebno naglasi, verovatno zato što je Lisabonski ugovor tek bio stupio na snagu. Mišljenje ESP u slučaju *Kucukdeveci* i *Mangold* nagoveštava, ipak, duboke implikacije za dalji razvoj postlisabonskog pravnog konteksta, pa i u vezi sa primenom Povelje o osnovnim pravima i principa sadržanih u njoj.

Kroz dalju analizu dva sporna slučaja iz Nemačke, videćemo koji tačno izvor prava EU (opšti princip, Direktiva, „Povelja“) ima direktno horizontalno dejstvo, i pod kojim uslovima, u radnopravnim odnosima pojedinačnih lica o kojima se u dva posmatrana slučaja radi. Najpre ćemo dati pregled dosadašnje sudske prakse i odrediti zajednički pravni kontekst za oba pravosudna procesa, a nakon opisa činjeničnog stanja i obrazloženja sporova pojedinačno, videćemo kakve pravne posledice ima dalja „horizontalizacija” prava EU, posebno u kontekstu stupanja na snagu „Povelje o osnovnim pravima“. U zaključku se ocrtavaju mogući politički trendovi vezani za raspodelu nadležnosti, prava i odgovornosti

³ Case C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, November 22, 2005; Case C-555/07, *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, January 19, 2010.

⁴ Filippo Fontanelli, “Some reflections on the choices of the European Court of Justice in the *Küçükdeveci* preliminary ruling”, *Perspectives on Federalism*, vol. 2, no. 2, 2010, p. 18.

⁵ Council Directive 2000/78, Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, *Official Journal of the European Union*, L 303, 2000, p. 16.

u trouglu između EU, država članica i građana, i to u socijalno-ekonomskoj oblasti politike koja je do sada, uglavnom, bila u nadležnosti država članica.

Dosadašnja sudska praksa o neposrednom dejstvu prava EU

Osnivački ugovori ne poznaju termin „neposredno dejstvo” (*direct effect*). U njima nalazimo koncept „neposredne primenjivosti” (*applicability*) koji je izričito vezan samo za regulativu kao tip propisa EU, i podrazumeva da nikakve mere uvođenja u nacionalni poredak nisu ni potrebne ni dozvoljene. Regulativa je propis komunitarnog prava koji stvara prava i obaveze direktno za organe EU, države članice i njihove građane, bez intervencije i pomoći nacionalnih organa.⁶ Sa druge strane, princip neposrednog dejstva razvijen je u sudskoj praksi ESP i ne vezuje se ni za jedan poseban izvor prava u formalnom smislu. Ovaj princip nalaže nacionalnom sudu da primeni odredbu koja je jasna, precizna i безусловna, bez obzira na to u kom je izvoru komunitarnog prava sadržana (regulative, direktive, ugovorne odredbe ili odluke). Njegova suština je zaštita individualnih prava garantovanih komunitarnim propisima.⁷

ESP je termin „neposredno dejstvo” prvi put upotrebio i pojasnio njegovo značenje u slučaju *Van Gend en Loos* iz 1963. godine, kada je određenim odredbama Ugovora pripisao neposredno dejstvo.⁸ ESP je tada identifikovao uslove koji su neophodni za uvođenje direktnog dejstva nekog propisa primarnog prava EU: odredba mora biti dovoljno jasno i precizno izražena; mora biti безусловna i nezavisna od bilo koje druge zakonske odredbe; mora da dodeljuje neko posebno pravo na kojem građanin može da zasnuje tužbu. Ukoliko su ovi uslovi ispunjeni, odredbama Ugovora može se dati isto pravno dejstvo kao regulativama.

Na osnovu doktrine prvenstva (nadređenosti, primata) prava EU, odredbe komunitarnog prava sa direktnim dejstvom imaju prvenstvo nad domaćim

⁶ Videti: član 288 UFEU (ex član 249 UEZ). Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, *Official Journal of the European Union*, 2007/C 306/02, 17 December 2007. Regulativa postaje sastavni deo nacionalnih pravnih poredaka danom stupanja na snagu službenog glasila EU u kojem je objavljena.

⁷ „Neposredna primena” i „neposredno dejstvo”, uprkos ovoj razlici, koriste se i kao sinonimi, od strane institucija EU, samog ESP, kao i u akademskim radovima. Više o izvorima ovih nejasnoća i zabune u: Vesna Knežević-Predić, Zoran Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 138. ff.

⁸ Case 26/62, *NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, 1963.

pravom.⁹ Uzeti zajedno, principi neposrednog dejstva i nadređenosti prava EU znače da odredbe Ugovora mogu da se koriste radi pokretanja postupaka pred domaćim sudovima i poništavanja dejstva unutrašnjeg prava. To važi, naravno, i za oblast zapošljavanja i radnopravnih odnosa, u koju spada materija dva spora koji su tema ovog teksta.¹⁰ U ovoj oblasti, većina propisa EU ima oblik direktiva koje, prema Ugovoru, obavezuju svaku državu članicu kojoj su upućene u pogledu rezultata koji treba ostvariti, ali se izbor oblika i metoda sprovođenja te obaveze ostavljaju nacionalnim vlastima. U tom pogledu je odluka ESP da proširi princip neposrednog dejstva na direktive od ključnog značaja.

Razlog za pripisivanje određenog neposrednog dejstva direktivama bio je da se obezbedi praktično dejstvo (*effet utile*) zakonodavstva EU. Budući da pravo EU predstavlja novi (nadmacionalni) pravni poredak koji je u stanju da prenosi prava na pojedince, sudskom praksom ESP razvijena su tumačenja direktiva koja naglašavaju obavezujući rezultat koji se direktivama postiže, a ne, kako je navedeno u ugovornoj odredbi, to da se ostavlja nacionalnim vlastima da izaberu oblik i metode primene direktive.

Neposredno dejstvo može da važi horizontalno i vertikalno, u zavisnosti od toga na koga se neko pravo odnosi, kao i od prirode samog tog prava. Kada prava koja su mu dodeljena direktivom krši država (ili „emanacija države”), građanin može da se, u tužbi protiv nje, pozove na „vertikalno neposredno dejstvo” i na obavezu države da obezbedi kompatibilnost nacionalnog sa pravom EU.¹¹ „Horizontalno neposredno dejstvo” znači da građani mogu da se oslone na neki propis prava EU u postupcima protiv drugih privatnih lica. Međutim, horizontalno neposredno dejstvo ne važi za direktive EU, pošto su one generalno primenjive samo prema državi.

ESP je do sada odbijao da proširi neposredno dejstvo direktiva koje bi omogućilo pokretanje tužbi pojedinaca protiv drugih privatnih lica, uključujući i privatne poslodavce. Ipak, tokom vremena razvio je neke dovtljive načine da direktivama dozvoli i nešto više primene u horizontalnim scenarijima. Najjednostavniji način je proširenje vertikalnog neposrednog dejstva direktiva, koje je već nagovešteno — pojedinci mogu da se pozivaju na direktive u

⁹ Ključni slučaj iz sudske prakse ESP: Case 6/64, *Flaminio Costa v. ENEL*, 1964.

¹⁰ Za ovu oblast, ključni slučaj ESP je: Case 43/75, *Defrenne v. Sabena*, 1976. Ovo je verovatno najpoznatiji slučaj u ovoj oblasti sudske prakse vezane za radno pravo. U slučaju *Defrenne* iz 1976. godine Evropski sud odlučio je da se na princip da žene i muškarci primaju jednake plate, utvrđen članom 141 UEZ (sada 157 UFEU), može pozivati pred nacionalnim sudovima, koji tada imaju obavezu da osiguraju zaštitu prava namenjenih pojedincima.

¹¹ Case C-18/89, *Foster v British Gas*, 1990.

odnosima prema državi, pri čemu se usvaja najšira moguća definicija „emanacije države” koja uključuje, na primer, i zdravstvenu upravu, zatim decentralizovane administrativne vlasti, čak i nacionalizovane industrije. Osim toga, ESP je stvorio i ograničenu sudsku praksu koja „usput” dozvoljava primenu direktive i u horizontalnom scenariju — u slučajevima kojima se ne uvode direktno pravne obaveze za pojedince, nego se obično utvrđuje (ne)primenjivost nekih tehničkih standarda.

Za predmete koji su pred nama, *Mangold* i *Kucukdeveci*, relevantniji je, međutim, koncept „indirektnog dejstva” kao način odstupanja od dosadašnje doktrine horizontalnog dejstva. Indirektna primena podrazumeva interpretativnu obavezu koja zahteva od nacionalnih sudova da „čitaju” unutrašnje pravo na način koji potvrđuje odredbe direktiva. To je dosta koristan mehanizam u slučajevima gde postoje relevantni nacionalni zakoni koji mogu biti podvrgnuti tumačenjima, ili kad pozivanje na samu direktivu nije moguće zbog toga što ona nije dovoljno precizna, period implementacije nije istekao ili se radi o procesu između privatnih strana.

Pored toga, u slučajevima koji se ovde razmatraju razvijen je još jedan mehanizam zaobilazanja dosadašnje sudske prakse preko priznanja neposrednog horizontalnog dejstva opštih principa — u konkretnom slučaju principa zabrane (starosne) diskriminacije. Naime, kada se radi o opštim principima prava EU, za njih se, intuitivno i uopšteno, može reći da imaju pomoćnu funkciju: nadahnjuju tumačenje i inspirišu primenu specifičnih pravila.¹² U pogledu njihove direktne primene, tu su stvari dosad bile dosta nejasnije, posebno ako opšti principi mogu da utiču na ishod sporova između pojedinaca, za razliku od njihovog korišćenja u oceni legalnosti akata državnih organa.

Istorijski gledano, opšti principi nastaju da bi popunili fiziološke *lakune* nekog pravnog poretka, i da bi obezbedili građane nekim instrumentima kontrole protiv vršenja javnih ovlašćenja. Tipično se principi sastoje od proceduralnih i suštinskih smernica u cilju obezbeđivanja adekvatnog praga pravičnosti javne intervencije u društvenom životu. Shodno tome, njihova uloga u parnici uglavnom je da budu standard kontrole za državne akcije (vertikalno neposredno dejstvo).¹³ Kada se principi sprovode, oni generalno privatnim licima daju neka prava, ali ih ne podređuju primenjivim, izvršnim obavezama.

Međutim, kada je reč o principu zabrane diskriminacije, tu je stvar komplikovanija, pošto i privatna lica mogu da ispoljavaju diskriminatorско

¹² Filippo Fontanelli, “Some reflections on the choices of the European Court of Justice in the *Kücükdeveci* preliminary ruling”, op. cit., pp. 17–18.

¹³ *Ibidem*.

ponašanje, isto kao i javne vlasti. Tako se princip zabrane diskriminacije, u krajnjem, invocira i u privatnim parnicama, što je slučaj u sporovima koje ovde razmatramo. Ostaje otvoreno, ipak, pitanje da li je poželjno da od sadržaja nekodifikovanih opštih principa (za razliku od pozitivnih odredaba), zavisi skup primenjivih prava i obaveza pojedinaca. Drugim rečima, sudsko stvaranje novog skupa nepisanih obaveza privatnih subjekata, teško je pomiriti sa vrednostima pravne sigurnosti. To na kraju rezultira scenarijima gde pojedinci mogu da se smatraju odgovornima za neuspeh svojih država da se usklade sa dužnostima sprovođenja prava EU u skladu sa opštim principima prava.

Upravo se to desilo u slučajevima koje razmatramo: Nemačka nije uspeła da harmonizuje svoje domaće zakonodavstvo sa principom zabrane (starosne) diskriminacije, koji je uveo odgovornost za, konkretno, poslodavce *vis-a-vis* zaposlenih, mada nijedan poslodavac nije učinio ništa drugo osim što se pridržavao važećeg nacionalnog zakona. Ali pre nego što pređemo na analizu svakog procesa ponaosob, pogledajmo kako izgleda pravni kontekst koji je važio u vreme nastanka oba ova spora, a koji je vezan konkretno za zabranu starosne diskriminacije.

Pravni kontekst zabrane diskriminacije na osnovu godina starosti

Sam *Ugovor o funkcionisanju EU* sadrži odredbu kojom ovlašćuje Savet ministara EU da usvaja odredbe u oblasti *inter alia* zabrane starosne diskriminacije, ali ona ne sadrži direktno primenjivu zabranu: „Bez povrede drugih odredaba Ugovora i u granicama nadležnosti koje su Ugovorima poverene Uniji, Savet, delujući jednoglasno u skladu sa posebnom zakonodavnom procedurom i nakon dobijanja saglasnosti Evropskog parlamenta, može da preduzme odgovarajuću aktivnost za sprečavanje diskriminacije zasnovane na polu, rasi ili etničkom poreklu, religiji ili veri, invalidnosti, starosti ili seksualnoj orijentaciji.”¹⁴

Nasuprot tome, *Povelja o osnovnim pravima* sadrži zabranu starosne diskriminacije koja ima direktno dejstvo: „(1) Zabranjuje se svaka diskriminacija zasnovana na bilo kom osnovu kao što su pol, rasa, boja, etničko i socijalno poreklo, genetske osobine, jezik, religija ili vera, političko ili drugo mišljenje, pripadnost nacionalnoj manjini, svojina, rođenje, invalidnost, starost i seksualna

¹⁴ Član 19.1 UFEU (ex-13 UEZ). Kada se govori o ugovorima u ovom tekstu, misli se na Osnivačke ugovore EU, gde pored preimenovanog Ugovor o funkcionisanju EU (ranije Ugovora o osnivanju EZ) spada i dalje Ugovor o EU.

orijentacija; (2) U oblasti primene ugovora i bez povrede bilo koje njegove posebne odredbe, svaka diskriminacija na bazi nacionalnosti se zabranjuje.”¹⁵ Povelja je stekla pravnu snagu sličnu ugovorima, što daje privatnim licima moć da se pozovu na nju u privatnim sporovima.¹⁶

Sekundarno zakonodavstvo vezano za zabranu diskriminacije čine dve direktive Saveta ministara pod brojevima 1999/70 i 2000/78, koje uvode opšti okvir za jednak tretman i zabranu starosne diskriminacije u zapošljavanju. Direktiva Saveta 1999/70 stavlja na snagu okvirni sporazum o ugovorima o radu na određeno vreme, i ona zahteva od država članica da uvedu mere za sprečavanje eventualnih zloupotreba tih ugovora, i da obezbede mere koje će sprečiti da njena implementacija posluži kao osnov za redukciju opšteg nivoa zaštite radnika.¹⁷ Direktiva Saveta 2000/78 o jednakom tretmanu uvodi generalni okvir za zabranu diskriminacije u zapošljavanju, i zabranjuje direktnu i indirektnu diskriminaciju na bazi, između ostalog, godina starosti („princip jednakog tretmana”).¹⁸ Pod direktnom diskriminacijom podrazumeva se tretiranje neke osobe na manje povoljan način od drugih lica u uporedivim situacijama. Istovremeno, državama članicama je dozvoljeno da „obezbede da razlike u tretmanu na osnovu godina ne predstavljaju diskriminaciju ako se one, u kontekstu nacionalnog zakona, objektivno i razumno opravdaju legitimnim ciljem, uključujući legitimnu politiku zapošljavanja, tržišta rada i ciljeva stručnog osposobljavanja”, i ako su sredstva ostvarenja tog cilja „pogodna i nužna”. Takođe se navodi da se, „u okviru ograničenja oblasti nadležnosti poverenih Zajednici, ova direktiva primenjuje na sva lica, i u privatnom i u javnom sektoru, uključujući i javne organe, u pogledu: (...) (c) zapošljavanja i uslova rada, uključujući otpuštanje i plaćanje”.¹⁹ Direktiva Saveta 2000/78 trebalo je da bude implementirana do početka decembra 2003. godine, ali je Nemačka iskoristila opciju produženja perioda implementacije za još tri godine, pa je za nju vreme transpozicije direktive produženo do 2. decembra 2006.

Navedene odredbe evropskog prava bile su standard na osnovu koga je ESP procenjivao regularnost određenih odredaba nemačkih nacionalnih zakona

¹⁵ Revidirana verzija člana 21.1 Povelje. “Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Official Journal of the European Union*, C 303/1; 14.12.2007, pp. 1–15.

¹⁶ Povelja ima snagu Ugovora od stupanja na snagu Lisabonskog ugovora 1. decembra 2009; uz određene izuzetke nekih odredaba od primene u Velikoj Britaniji, Poljskoj i Češkoj.

¹⁷ Council Directive 1999/70, Concerning the Framework Agreement on Fixed-Term Work Concluded by ETUC, UNICE and CEEP, *Official Journal of the European Union*, L 175, 10.7.1999, pp. 43–48; član 8.3.

¹⁸ Council Directive 2000/78, op. cit., član 2.1.

¹⁹ Članovi 2.2(a), 6.1, 3(1):6 Direktive 2000/78.

vezanih za ovu materiju. To je, najpre, nemački *Opšti zakon o jednakom tretmanu*, kojim se u nacionalno pravo uvodi Direktiva 2000/78, a u kojem se kao cilj navodi sprečavanje ili eliminisanje diskriminacije na bazi rase, etničkog porekla, pola, vere ili ubeđenja, invalidnosti, godina ili seksualne orijentacije. U kontekstu obima primene ovog zakona, navodi se da on važi i za otpuštanja, kao i to da je ovde dozvoljen različit tretman na bazi godina — ako je on objektivno i razumno opravdan legitimnim ciljem, a sredstva njegovog ostvarenja jesu odgovarajuća i nužna.²⁰

Pravni kontekst dva predmeta koja se ovde analiziraju činile su i odredbe još dva nemačka zakona, zavisno od materije i uslova svakog predmeta ponaosob. U predmetu *Mangold* iz 2005. godine, poslodavac je sa radnikom starijim od 52 godine sklopio oročeni ugovor o radu bez opravdanog obrazloženja razloga tog oročenja, dok je u predmetu *Kucukdeveci* poslodavac otpustio zaposlenu radnicu a da joj u otkazni period nije uračunao godine staža koje je stekla pre 25 godine života. Te situacije regulisane su sledećim zakonima:

1) U prvom slučaju, to je nemački zakon o radu, tj. *Zakon o radu na skraćeno i određeno vreme* iz 2000. godine, kojim se tražilo objektivno opravdanje za ograničavanje perioda trajanja ugovora o radu za radnike sa preko 58 godina starosti.²¹ Taj zakon je, međutim, promenjen 2002. godine da bi omogućio da se ugovori na određeno vreme sklapaju i bez takvog opravdanja — u slučaju radnika sa, sada, preko 52 godine starosti. Ovom merom želelo se, kako se navodi, ohrabriti zapošljavanje starijih radnika, u kontekstu nemačke reforme i liberalizacije tržišta rada, i njoj je isticalo važenje krajem 2006. godine, dakle nekoliko nedelja nakon datuma do koga je Nemačka bila obavezna da implementira Direktivu Saveta 2000/78.

2) U drugom slučaju, radi se o zakonodavstvu vezanom za objavljivanje perioda za otpuštanje, tj. o *Građanskom zakoniku*, koji predviđa da, u slučaju prekida radnog odnosa od strane poslodavca, zaposleni mora dobiti obaveštenje sa otkaznim rokom od jednog do sedam meseci, u zavisnosti od trajanja radnog odnosa zaposlenog u tom preduzeću (od dve do dvadeset godina); pri tome, u obračunu dužine radnog odnosa, poslodavac ne uzima u obzir periode staža radnika koje je on ostvario pre navršene 25 godine starosti.²²

²⁰ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, *Bundesgesetzblatt*, BGBl. I Nr. 39, 17. 08. 2006; paras 1, 2 i 10.

²¹ Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen, *Bundesgesetzblatt*, BGBl. I S 1966, 21. 12. 2000.

²² Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.01.2002, *Bundesgesetzblatt*, BGBl. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 I S. 738. U paragrafu 622. ovog Zakona

U oba slučaja, dakle, poslodavci su primenili norme nemačkih zakona, ali su time prekršili evropske propise i ESP je, konačno, presudio u korist njihovih tužilaca — radnika. Kako je došlo do kolizije između nemačkih nacionalnih i evropskih propisa, videćemo u nastavku teksta u analizi svakog pojedinačnog slučaja, kroz koje je ESP postepeno razvijao novu doktrinu „horizontalizacije” antidiskriminacionog principa i, *de facto*, Direktive iz ove oblasti.

Zabrana diskriminacije u predmetu *Mangold*

Sredinom 2003. godine, pred radnim sudom u Minhenu, nemački državljanin Verner Mangold, tada 56 godina star, pokrenuo je parnicu protiv svog poslodavca svega nekoliko nedelja po zaključenju ugovora o radu na određeno vreme. Spor se ticao tumačenja zakonitosti vremenskog oročenja njegovog radnog odnosa, a u žalbenim navodima g. Mangold navodi da se u njegovom slučaju radi o jasnoj starosnoj diskriminaciji prema Direktivi o jednakom tretmanu. Radni sud iz Minhena obratio se Evropskom sudu pravde tražeći preliminarno mišljenje (prethodni postupak) o tome da li su odredbe nacionalnog zakona koje dozvoljavaju oročenje ugovora o radu sa radnicima starijim od 52 godine života u skladu sa komunitarnim pravom.²³ ESP je izdao preliminarno mišljenje krajem 2005. godine, prema kojem sporne odredbe nacionalnog Zakona o radu usvojenog 2000. godine u okviru nemačke reforme tržišta rada kao instrumentu implementacije Direktive o jednakom tretmanu, predstavljaju kršenje odredaba te Direktive, i da zato nacionalni sudovi treba da ih stave van snage.

ESP je dakle, sporne odredbe nemačkog Zakona o radu proglasio diskriminativnim i nevažećim, i to pozivajući se na njihovu nesaglasnost sa opštim principom i direktivom koja nije bila implementirana. Naime, Nemačka je imala još vremena za transpoziciju evropske direktive do kraja 2006. godine, a samo nekoliko nedelja pre toga prestalo je važenje i spornih odredaba domaćeg zakona koji sadrži navedeni starosni uslov fiksiran na 52 godine starosti (decembra 2006. godine). Dakle, period od nastanka spora do kraja 2006. godine

propisuje se da, ukoliko zaposleni daje otkaz, otkazni period iznosi četiri nedelje. Ukoliko, pak, poslodavac daje otkaz radniku, otkazni period treba da bude: jedan mesec za radni staž od dve godine; dva meseca za staž od pet godina; tri meseca za staž od osam godina; četiri meseca za staž od 10 godina; pet meseci za staž od 12 godina; šest meseci za staž od 15 godina; sedam meseci za staž od 20 godina.

²³ „Prethodni postupak” ili „prethodna pitanja” (*preliminary ruling*) reguliše član 267 UFEU (ex-234 UEZ). O postupku pribavljanja odluke o prethodnom pitanju kao privatnom mehanizmu kontrole izvršenja obaveza videti više u: Vesna Knežević-Predić, Zoran Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, op. cit., str. 167–179.

je sporan za konkretni slučaj *Mangold*; a za ostale slične slučajeve sporan je period od donošenja samog zakona iz 2000. godine, zato što se njime pod vidom reforme, *de facto* jedna grupa lica (nemačkih radnika) starijih od 52 godine života, među kojima je bio i g. Mangold, definitivno izuzima od garantovanja stabilnog zaposlenja. Sporni postupak poslodavca — oročavanje ugovora o radu sa radnikom starijim od 52 godine — bio je, dakle, dozvoljen nacionalnim zakonom, ali je protivrečio evropskoj direktivi i opštem ugovornom principu zabrane diskriminacije. Kako je ESP rešio ovu koliziju u korist tužioca — radnika, a protiv tužene strane — poslodavca?

U obrazloženju odluke ESP je stao na stanovište da, u najkraćem, nije sporan cilj odnosne nacionalne odredbe, nego sredstva njenog sprovođenja. U principu, dakle, ESP ne dovodi u pitanje motivaciju koja stoji iza nacionalnih odredaba: on konstatuje da, prema trenutnim formulacijama, države članice EU uživaju široku diskreciju u izboru sredstava u oblasti socijalne politike i politike zapošljavanja; da relevantne evropske direktive ne zabranjuju da se unutrašnjim zakonom smanje godine starosti iznad kojih se mogu zaključivati ugovori na određeno vreme i bez objektivnog opravdanja; i da „objektivno i razumno” otpuštanje može biti opravdano legitimnim ciljem, gde spada i legitimna politika zapošljavanja, tržišta rada i ciljeva profesionalne obuke; zatim, da se nacionalni zakon opravdava ciljem „unapređenja profesionalne integracije nezaposlenih starijih radnika”, odnosno razlozima sasvim posebne potrebe da se ohrabri zapošljavanje starijih osoba u Nemačkoj. ESP smatra da se legitimnost takvog cilja javnog interesa „ne može razumno dovoditi u sumnju” — po pravilu se mora smatrati da cilj koji opravdava razlike u tretmanu na bazi godina starosti države članice određuju „objektivno i razumno”.²⁴

Međutim, iako ne sumnja u cilj, ESP dovodi u sumnju sredstva ostvarenja tog cilja, tj. to da su ona „pogodna i nužna” u ovom slučaju. Naime, veliki broj radnika determinisanih jedino na bazi godina tokom suštinskog dela radnog veka dovođen je u opasnost da bude izuzet od beneficija stabilnog zaposlenja, koje predstavljaju glavni element u zaštiti radnika. Godine starosti radnika uzete su kao jedini kriterijum za zaključivanje ugovora o radu na određeno vreme, i pri tom nije pokazano da je utvrđivanje tog starosnog praga, samo po sebi, i nezvezano za bilo koje druge okolnosti u strukturi tržišta rada ili u ličnom stanju zainteresovanog lica, bilo objektivno nužno u cilju postizanja profesionalne integracije nezaposlenih starijih radnika. ESP se ovde poziva na uvažavanje principa proporcionalnosti, koji zahteva da svaka derogacija od individualnih

²⁴ Case C-144/04, paras 48–49, 52–54, 56–61.

prava pomiri, što je više moguće, zahteve principa jednakog tretmana sa ciljevima kojima se teži.²⁵

Očigledno, starosno doba može da bude problematičan kriterijum pravljenja razlike, i zato zahteva dalje opravdanje. U krajnjem, ESP je zauzeo stav da komunitarno pravo zabranjuje da se odredbama unutrašnjeg prava, kao što je ova u postupku Mangold, *bez restrikcija* daju ovlaščenja za zaključivanje oročenih ugovora o radu kad radnik navrší 52 godine života.²⁶ To je obrazložio pozivanjem na opšti principa jednakog tretmana odnosno zabrane diskriminacije koji je, sa jedne strane, izražen u Direktivi 2000/78, a sa druge, on proizlazi iz međunarodnih ugovora i ustavne tradicije zajedničke državama članicama.²⁷ U daljem obrzaloženju ovih izvora prava ESP sledi dve linije rezonovanja, od kojih prva nije novost za sudsku praksu ESP, dok druga predstavlja značajni prodor u njoj.

Direktiva o jednakom tretmanu sama po sebi ne postavlja princip jednakog tretmana u oblasti zapošljavanja i rada; njena svrha je da postavi generalni okvir za suzbijanje diskriminacije. U pogledu tranzicionog perioda za direktive, ESP ponavlja stavove ranije sudske prakse da tokom perioda propisanog za implementaciju direktive u nacionalno pravo članice moraju da se uzdrže od preduzimanja bilo koje mere koja može ozbiljno da kompromituje ostvarenje rezultata propisanog direktivom.²⁸

Princip zabrane starosne diskriminacije, koji se mora smatrati opštim principom komunitarnog prava, i koji podupire zabranu diskriminacije, ima izvor u raznim međunarodnim ugovorima i u ustavnim tradicijama zajedničkim državama članicama. Zato poštovanje opšteg principa jednakog tretmana, posebno u pogledu godina starosti, ne može da se, kao takvo, uslovi istekom vremena koji je državama dozvoljen za implementaciju direktive. U tim uslovima, nacionalni sudovi imaju odgovornost da u sporu koji involvira princip zabrane starosne diskriminacije obezbede, za slučajeve unutar svoje jurisdikcije, da se otklone sve mere koje nacionalno pravo suprotstavljaju komunitarnom.²⁹

Dakle, kako navodi ESP, direktiva sama možda i ne uvodi obaveze za pojedince, ali ona je rezultat primene jednog opšteg principa, a primena opšteg principa ne može biti uslovljena istekom perioda implementacije. Osnov zabrane starosne diskriminacije nije, na kraju, sama Direktiva o jednakom tretmanu, nego

²⁵ Ibidem, paras 62–65.

²⁶ Ibidem, paras 78.

²⁷ Ibidem, paras 74–78.

²⁸ Ibidem, paras 72–73, 67–69.

²⁹ Ibidem, paras 74–78.

je izvor te zabrane opšti princip komunitarnog prava. Sud u stvari ovde, kao i u narednom slučaju *Kucukdeveci*, koristi formulaciju „opšti princip diskriminacije kako je izražen u Direktivi 2000/78”. To uzimanje za izvor prava jednog „opšteg principa izraženog u direktivi” najveći je pomak u *Mangold* presudi, i doktrinarno i praktično, i po nekim mišljenjima „najrevolucionarniji aspekt ove presude” koji dovodi do *de facto* neposredne primene opšteg principa na horizontalne odnose — između privatnih lica.³⁰ To je još jedan mehanizam zaobilaznja dosadašnje doktrine ESP o horizontalnoj neposrednoj primeni a, gde se kao osnov uzima opšte pravilo komunitarnog prava – u ovim slučajevima jednak tretman i zabrana diskriminacije, iz čega proizlazi i relevantnost ovih nalaza za Povelju o osnovnim pravima zasnovanu na istom principu, o čemu će kasnije biti više reči.

U obrazloženju presude, ESP navodi „ustavnu tradiciju zajedničku državama članicama” i „različite međunarodne ugovore” kao osnov opšteg principa zabrane starosne diskriminacije. I ovo se pojavilo kao posebno sporan aspekt presude jer tada su, kako su odmah istakli kritičari, samo dve države članice (Finska i Portugal) imale na snazi zakonske reference o ovoj zabrani u oblasti zapošljavanja, a čak nijedan međunarodni ugovor nije je sadržao.³¹ Verovatno zbog toga i sam ESP nije preciznije obrazložio ovaj deo presude i nije naveo neke dokaze u prilog ovom stavu.³²

Da li je, ipak, ovakvim tumačenjem ESP ostao u granicama „tumačenja” prava (komunitarnog) ili je izašao u oblast „stvaranja” prava, bilo je posebno sporno pitanje koje je pratilo slučaj *Mangold*. ESP je podsetio da generalne nadležnosti za socijalnu i politiku tržišta rada ostaju u rukama država; ali *de facto* on kroz tumačenje antidiskriminacionog principa zalazi u tu materiju. U vezi *jurisdikcije* za preliminarni postupak, sam ESP se lakonski poziva na „duh saradnje koji mora da prevagne u ovim procedurama”: „(...) kada se pitanje koje

³⁰ Videti npr: Olga Thomas, “Case Commentary: Mangold v Helm (Case C-144/04) Grand Chamber, European Court Of Justice 22 November 2006 — Yet Another Way Round Horizontal Direct Effect...”, *The Denning Law Journal*, 2006, no. 18, pp. 233–242; Marlene Schmidt, “The Principle of Non-discrimination in Respect of Age: Dimensions of the ECJ’s Mangold Judgment”, *German Law Journal*, 2005, vol. 07, no. 05, pp. 505–524.

³¹ O tome videti i raspravu o ovom predmetu pred nemačkim Saveznim ustavnim sudom, koja je usledila za odlukom ESP u slučaju *Mangold*: *Bundesverfassungsgericht*, BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1–116), paras 78–79, 108–109.

³² Case C-144/04, par. 74. Pored svega, ESP identifikuje generalni princip u „trećoj i četvrtoj izreci iz preambule Direktive o jednakom tretmanu” koje, interesantno, ne pominju posebno starosnu diskriminaciju, nego navode diskriminaciju prema religiji, invalidnosti i seksualnoj orijentaciji.

podnosi nacionalni sud tiče tumačenja komunitarnog prava, ESP je, u principu, obavezan da izda mišljenje; ESP može, ako je potrebno, da preispituje i okolnosti na koje ga uputi nacionalni sud da bi procenio da li on uopšte ima jurisdikciju. Funkcija poverena Sudu pravde je da doprinosi administriranju pravde u državama članicama, a ne da izdaje mišljenja o opštim ili hipotetičkim pitanjima.”³³

Sporno pitanje — da li je ESP uveo novo pravilo i time proširio obim prava EU kao i sopstvenu jurisdikciju, procenjivao je i nemački Savezni ustavni sud (u daljem tekstu: SUS) u predmetu koji je u ovom nastavku nosio naziv *Mangold/Honeywell*.³⁴ Mada je time iskoristio mogućnost *ultra vires* kontrole akata organa EU, koju je ojačao svojom ranijom presudom o ustavnosti Lisabonskog ugovora, nemački SUS nije potvrdio da postoji *ultra vires* akt ESP.³⁵ Sa svoje strane, važne tenzije u pogledu primata primene prava, principa prenosa nadležnosti, i jurisdikcije ESP, nemački SUS je jednostrano rešio pozivajući se na princip otvorenosti prema pravu EU, uz konačno pozivanje na odgovarajući princip lojalne saradnje.³⁶ Ovom presudom je nemački SUS čak pooštrio uslove za utvrđivanje *ultra vires* akta evropskih organa, koji sada podrazumevaju „dovoljno kvalifikovanu” povredu principa prenosa (koja dovodi do „strukturalno značajne” promene na štetu država u strukturi nadležnosti između njih i EU), umesto samo „očigledne povrede”, kako je to bilo definisano „Lisabonskom presudom”.³⁷ U slučaju *Mangold*, SUS nije mogao da potvrdi dovoljno kvalifikovanu povredu principa prenosa od strane ESP, koja dovodi do

³³ Ibidem, paras 34–36.

³⁴ BVerfG, 2 BvR 2661/06, op. cit. Po izricanju mišljenja o prethodnom pitanju od strane ESP u predmetu *Mangold*, spor je ponovo dospelo pred nacionalne sudove radi okončanja u skladu sa tumačenjem ESP koje je bilo u korist podnosioca inicijalne tužbe, g. Mangolda. Međutim, slučaj se dalje zakomplikovao, i prošao niz sudova: nacionalne radne sudove (Libek i Šlezvig-Holštajn), Savezni radni sud, da bi konačno druga strana – poslodavac u ovom slučaju, spor uputio i nemačkom Saveznom ustavnom sudu. Dakle, predmet je razmatran od strane ukupno šest sudskih instanci (računajući i inicijalni radni sud iz Minhena i ESP). Detaljnije u: Žaklina Novičić, „Preispitivanje *ultra vires* akta Evropskog suda pravde — slučaj *Mangold/Honeywell* (2010) pred nemačkim Saveznim ustavnim sudom”, *Evropsko zakonodavstvo*, 2010, br. 33–34.

³⁵ O „Lisabonskoj presudi” nemačkog SUS videti više u: Žaklina Novičić, Dejan Gajić, „Ustavni identitet kao ograničenje evropske integracije – slučaj ‘Lisabon’ pred nemačkim Saveznim ustavnim sudom”, u: *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije*, Duško Dimitrijević, Brano Miljuš (prir.), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Hans Zajdel Fondacija, Beograd, 2010, str. 155–180.

³⁶ BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, par. 57.

³⁷ Ibidem, paras 58–61.

strukturalno značajne promene na štetu nadležnosti država članica.³⁸ Sve u svemu, prema SUS, presuda ESP u predmetu *Mangold* služi sprovođenju postojećih obaveza država članica, ali ne stvara nikakve nove obaveze za njih kršenjem principa prenosa – u odnosu prema nadležnostima Nemačke, tom presudom se niti stvara nova oblast nadležnosti EU na štetu država članica, niti se postojeće nadležnosti šire.

Ako presudom *Mangold* ESP nije napravio prekoračenje u pogledu raspodele nadležnosti između EU i država članica, da li je on napravio kvalitativni prodor u odnosu prema pojedincima putem iznetog tumačenja pravnog dejstva direktiva i opšteg principa zabrane starosne diskriminacije? Ranijom sudskom praksom ESP je više puta potvrdio da direktive same po sebi ne uvode obaveze za pojedince i da oni ne mogu da se pozivaju na njih u međusobnim sporovima. Sada je ESP zauzeo stav da treba ukinuti nacionalne odredbe koje su usvojene povredom Direktive, koja nije implementirana ali se primenjuje „unapred” posredstvom pravnog dejstva opšteg principa zabrane diskriminacije. Time je ESP pripisao direktivi koja još uvek nije bila stupila na snagu tzv. „negativno neposredno unutrašnje dejstvo” koje je dovelo do neprimenjivanja suprotstavljenog nacionalnog zakona i otvorilo put za nastanak dalje grupe sličnih predmeta.³⁹

Koncept primene direktive „unapred” veoma je sporan sa stanovišta pravne sigurnosti, odnosno zaštite legitimnih očekivanja onih koji verujući u važenje nacionalnog prava krše odredbe prava EU, a koja je glavni element vladavine prava. Ipak, ako se posmatra izolovano samo konkretan slučaj *Mangold*, ne treba precenjivati njegov značaj. Naime, u kontekstu tada anticipiranog isteka perioda transpozicije odnosno Direktive o zabrani diskriminacije, i kasnijeg stupanja na snagu Povelje o osnovnim pravima koja sadrži zabranu starosne diskriminacije, rešenja iz presude *Mangold* nemaju specifične posledice za zakone koji se primenjuju danas.

Međutim, sve navedeno ne menja činjenicu da su i nakon presude ESP i nakon konsekvantne presude nemačkog SUS za predmet *Mangold*, ostala otvorena pitanja koja se odnose na podelu nadležnosti između nacionalnog i evropskog nivoa vlasti, ovoga puta u oblasti politike zapošljavanja, dakle u socijalno-ekonomskoj oblasti koja je do sada, uglavnom, bila u nadležnosti država članica.

³⁸ Ibidem, paras 69–71. Prema SUS, do toga ne dovodi ni širenje oblasti primene direktive radi obuhvatanja slučajeva koji su usmereni posebno ka „profesionalnoj integraciji” dugoročno nezaposlenih starijih radnika, ni primena direktive „unapred”, kada ona još nije implementirana, kao ni izvođenje opšteg principa zabrane starosne diskriminacije.

³⁹ BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, par. 77.

U tom smislu, suviše preklapanja i mešanja funkcija može da podrije suštinu demokratske odgovornosti i da naruši princip demokratske vladavine prava, prema kome svi organi — bilo nacionalni ili nadnacionalni — snose odgovornost za svoje odluke, kako je to naglasio i nemački sudija Saveznog ustavnog suda u izdvojenom mišljenju uz presudu SUS u predmetu *Mangold*.⁴⁰ Sudija Landau upozorio je, tom prilikom, na opasnosti od rešavanja tenzije između principa očuvanja demokratskog legitimiteta, sa jedne, i funkcionisanja Unije, sa druge strane — u korist funkcionalnosti. Te opasnosti, po njegovom mišljenju, manje su u slučaju teških, time i prepoznatljivih vidova preuzimanja nadležnosti, nego što su u slučajevima postepenog razvoja i akumulacije minornih prekoračenja nadležnosti, koja mogu biti neznatna sama po sebi ali, na kraju, dovode do značajnih posledica. To je rizik koji je verovatno inherentan svim federalnim sistemima „političkog samo-pojačavanja” višeg nivoa, a u posebnoj meri on postoji u slučaju EU, zahvaljujući tome što se raspodela nadležnosti ovde — za razliku od federalnih država — dešava na najvišem nivou. Sudija Landau s pravom postavlja pitanje da li je, u kontekstu ovakvih kretanja, koja se mogu ilustrovati tekućom ekspanzijom sudske prakse ESP o primeni odredaba sadržanih u direktivama, a koja kulminira u predmetu *Mangold*, uopšte moguće prepoznati pojedinačni slučaj prekoračenja nadležnosti koji pokazuje „dovoljno kvalifikovanu” težinu, posebno zato što je, u mnogim slučajevima, korektna procena da li individualni akt dovodi do toga moguća samo u retrospektivi.⁴¹

Slična sporna pitanja kao ova u procesu *Mangold*, rešavana su i u slučaju *Kucukdeveci*. U nešto drugačijem pravnom kontekstu, ESP je potvrdio i ojačao svoje nalaze iz presude *Mangold*, što nagoveštava i duboke promene u generalnom postlisabonskom pravnom kontekstu.⁴²

Zabrana diskriminacije u predmetu *Kucukdeveci*

U ovom predmetu, preliminarno mišljenje ESP zatražio je krajem 2007. godine pokrajinski radni sud iz Dizeldorfa, u vezi sa sporom između privatnih

⁴⁰ Ibidem, par. 98–100. Ova presuda SUS usvojena je glasovima sedam od ukupno osam sudija; jedan član sudskog veća, sudija Landau (*Landau*) izdvojio je mišljenje sa snažnom kritikom presude sudijske većine, gde optužuje kolege za napuštanje „lisabonskog konsenzusa” bez ubedljivih razloga, tolerisanje *ultra vires* akta ESP, narušavanje demokratske legitimacije, opasnost od upražnjavanja tzv. „nadležnosti za proširenje sopstvenih nadležnosti” (*Kompetenz-Kompetenz*), itd. Pogledati izdvojeno mišljenje sudije Landau u: Ibidem, paras 94–116.

⁴¹ Ibidem, paras 102–103.

⁴² O važnosti ove presude govori i to što su njeno donoše, u svojstvu posmatrača, pratili: Nemačka, Češka, Danska, Irska, Holandija, Britanija, Komisija, i dr.

lica, nemačkih državljana, koji je bivša radnica (*Seda Küçükdeveci*), tada 28 godina stara, pokrenula protiv bivšeg poslodavca (*Swedex GmbH & Co. KG*) u pogledu obračuna otkaznog roka primenjenog na prekid radnog odnosa. Nacionalno zakonodavstvo o otpuštanju, i konkretno — nemački Građanski zakonik, dozvoljavalo je da poslodavac, pri obračunu otkaznog roka radniku, ne uzme u obzir radni staž koji je zaposleni stekao pre svoje 25. godine starosti. Taj nacionalni zakon poslužio je kao opravdanje za spornu meru poslodavca, koju je podnosilac tužbe smatrao diskriminativnom i suprotnom pravu EU. ESP je stao na stanovište da pravo EU, i posebno „princip zabrane starosne diskriminacije koji je dobio izraz u Direktivi 2000/78”, mora da se tumači na način koji poništava sporne nacionalne propise, i da je na nacionalnim sudovima da, izvedeći postupke između pojedinaca, obezbede usklađenost sa „principom zabrane starosne diskriminacije koji je dobio izraz u Direktivi 2000/78”, time što, ukoliko je to potrebno, neće primeniti bilo koju suprotnu odredbu nacionalnog zakona.

S obzirom na to da je ovaj proces pokrenut krajem 2007. godine, Antidiskriminaciona direktiva 2000/78 bila je u potpunosti operativna, pa trajanje perioda tranzicije nije moglo da bude razlog za osporavanje zakonitosti nemačke norme, što je u slučaju *Mangold*, kao što smo videli, bilo jedno od najkontroverznijih pitanja. Osim toga, dok je u predmetu *Mangold* osporavana odredba (Zakona o radu) bila usvojena u cilju transponovanja Direktive o zabrani diskriminacije u nacionalno pravo, u predmetu *Kucukdeveci* veza između nemačkih odredaba (koje regulišu postupak otpuštanja) i te Direktive bila je indirektna — naime, sporni nemački propisi nisu bili izraz politike sprovođenja politike zabrane diskriminacije, nego su predstavljali norme koje spadaju u jednu oblast na koju se primenjuju principi jednakog tretmana i zabrane diskriminacije. Zato je u slučaju *Kucukdeveci* više nego u slučaju *Mangold* kontroverzno to da li se domaća odredba može preispitivati prema EU pravu.⁴³

Kao rezultat navedenog pravnog konteksta, ESP je osporavanu nemačku normu preispitivao direktno pomoću opšteg principa zabrane diskriminacije, i našao da je ona nespojiva sa njim. Pri tom je dosledno koristio novu formulaciju „princip zabrane starosne diskriminacije koji je dobio izraz u Direktivi 2000/78”, koja je ovde dobila formalni izraz. U suštini, radi se o vrlo sličnoj argumentaciji kao u slučaju *Mangold*, koja je sada dodatno pojašnjena i ojačana. Slučaj *Kucukdeveci* se zato kolokvijalno naziva i „*Mangold II*” presudom.

⁴³ Filippo Fontanelli, “Some reflections on the choices of the European Court of Justice in the *Küçükdeveci* preliminary ruling”, op. cit., p. 21.

U konkretnijem obrazloženju, Sud je i u „*Mangold II*” presudi prihvatio motivaciju koja je stajala iza ove *prima facie* diskriminacije, ali je, opet slično prethodnoj presudi, ocenio da je sporna nemačka odredba nedovoljno efikasna (i nesrazmerna) čak i u svetlu te namene. Naime, sporni nacionalni propisi opravdavaju su kao neophodnost da se najstarijim radnicima obezbedi relativno visoka zaštita u odnosu na mlađe radnike u slučaju otkaza; te da se mlađim radnicima omogući da „upravljaju svojom ličnom fleksibilnošću” što, navodno, ne bi bilo moguće sa dužim otkaznim periodima; takođe, smatralo se razumnim očekivanje veće lične i profesionalne mobilnosti od mlađih radnika, itd. ESP ne dovodi u pitanje opravdanost ovih ciljeva, ponovo podsećajući da članice uživaju široku diskreciju u izboru mera i sredstava za ostvarenje tih ciljeva (u oblasti socijalne i politike zapošljavanja), ali zaključuje da ta sredstva, u ovom slučaju, nisu bila „pogodna i nužna”. Zato ESP zauzima stav da nacionalne odredbe uvode razliku u tretmanu između osoba sa istom dužinom radnog staža, zavisno od starosne dobi; da je nacionalno zakonodavstvo generalno na štetu mlađih radnika u poređenju sa starijima; da uprkos ozbiljnom radnom stažu mlađi radnici mogu biti isključeni iz beneficija progresivnog širenja otkaznog roka, itd.⁴⁴

U obrazloženju, ESP objašnjava pravno dejstvo direktive i opšteg principa. Naime, Direktiva 2000/78 sama po sebi ne postavlja princip jednakog tretmana u oblasti zapošljavanja i obavljanja posla, nego samo postavlja generalni okvir za suzbijanje diskriminacije na raznim osnovama, uključujući i starost.⁴⁵ ESP, naizgled dosledno prethodnoj praksi, izjavljuje da direktiva sama po sebi ne može da uvede obaveze za pojedince, niti se na nju, kao takvu, može oslanjati u sporovima protiv pojedinaca. Međutim, pošto iz direktive izvire obaveze za države članice, u cilju ostvarenja rezultata koji direktiva predviđa, dužnost je država da preduzmu sve odgovarajuće mere, bilo generalne ili posebne, za obezbeđenje ispunjenja te obaveze. Direktive su, dakle, obavezne za sve vlasti država članica uključujući, za stvari unutar njihove jurisdikcije, i nacionalne sudove.⁴⁶ Što se tiče pojedinaca, pak, prava i obaveze za njih ne proizlaze iz direktive, nego iz postojanje principa zabrane starosne diskriminacije kojem Direktiva 2000/78 daje poseban izraz. Princip zabrane starosne diskriminacije jeste generalni princip prava EU time što konstituiše specifičnu primenu generalnog principa jednakog tretmana.

⁴⁴ Case C-555/07, paras 18–19, 29–31, 37–40. Primera radi, u slučaju dva zaposlena radnika od kojih svaki ima po 20 godina radnog staža, onaj koji je u preduzeću od 18 godine života ima pravo na otkazni rok od pet meseci, dok je za radnika koji se pridružio preduzeću sa navršениh 25 godina taj period sedam meseci.

⁴⁵ Uporedi: Case C-144/04 (*Mangold*), par. 74, i Case C-555/07 (*Kucukdeveci*), par. 20.

⁴⁶ Case C-555/07, paras 44–47.

ESP ponavlja da sam princip izvire iz raznih međunarodnih instrumenata i iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama.⁴⁷

U opisanim okolnostima, na nacionalnom je sudu da, rešavajući spor koji involvira „princip zabrane starosne diskriminacije kako je izražen u direktivi 2000/78”, unutar limita svoje jurisdikcije obezbedi pravnu zaštitu koju pojedinci izvode iz prava EU, i da obezbedi punu primenjivost prava, ne primenjujući ako je potrebno nijednu odredbu nacionalnog prava suprotnu tom principu — tako glasi odgovor ESP nacionalnom sudu koji mu je zatražio mišljenje o ovom pitanju. Dakle, suočen sa nacionalnom odredbom koja spada pod obim primene prava EU, a koju on smatra neusklađenom sa tim principom, nacionalni sud mora da odbaci primenu te odredbe, i pri tom nema obavezu da sporni predmet uputi ESP na prethodno odlučivanje, objašnjava ESP i karakter svoje jurisdikcije. Nacionalni sud ima *mogućnost* da traži prethodnu odluku ESP, pre nego što odbaci sporne nacionalne odredbe, ali ta mogućnost nije pretvorena u *obavezu*. Iz razloga nadređenosti (primata) prava EU, koji se širi i na princip zabrane starosne diskriminacije, mora se poništiti suprotstavljeni nacionalni zakon. Drugim rečima, nacionalni sud, u postupku između pojedinaca, nema obavezu nego je *ovlašćen* da predmet uputi ESP na preliminarno izjašnjavanje, čime ESP želi da istakne opcionu priroda takvog ovlašćenja.⁴⁸

Sve u svemu, ESP nije eksplicitno stao na stanovište da direktive mogu imati direktno horizontalno dejstvo, naprotiv — on je podsetio i ponovo potvrdio prethodnu sudsku praksu, i pored poziva od strane pravobranioca u ovom procesu da se napravi otvoreni prodor u tom pravcu.⁴⁹ ESP je odbio iskušenje da poništi dobro ustanovljeni princip da direktiva ne može sama po sebi da nameće obaveze za pojedince, i da se zato na nju kao takvu ne može pozivati u sporovima protiv pojedinca. Međutim, upravo se oko ove tačke razvila najveća rasprava u ovde analiziranim predmetima, ne bez razloga, koju ukratko sažima metafora prema kojoj su direktive „trojanski konj za primenu prava EU”.⁵⁰ Uprkos interesu ESP da negira da je došlo do bilo kakvog preokreta u pravnom dejstvu direktiva, očigledno je da Direktiva 2000/78 ima veću ulogu, sudeći prema sistematičnoj upotrebi formulacije „princip zabrane starosne diskriminacije koji je dobio izraz u Direktivi 2000/78”. Ovoj formuli data je formalna uloga, odmah uz opšti princip. Pored toga, u više tehničkom smislu,

⁴⁷ Ibidem, paras 21, 26–27.

⁴⁸ Ibidem, paras 51–56.

⁴⁹ Filippo Fontanelli, “Some reflections on the choices of the European Court of Justice in the Küçükdeveci preliminary ruling”, op. cit., p. 19.

⁵⁰ Ibidem, p. 20.

direktiva se koristi kao preduslov za primenu principa jer identifikovanje sadržaja opštih principa uvek predstavlja vrlo delikatan posao za ESP. Konačno, u slučaju direktive koja se oslanja na opšti princip, kao što je to Direktiva protiv diskriminacije u predmetima i *Mangold* i *Kucukdeveci*, pravni ishod praktično je identičan postojanju neposrednog horizontalnog dejstva Direktive, zahvaljujući sličnost sadržaja te direktive i opšteg principa.⁵¹

Dalji razvoj zabrane diskriminacije u kontekstu Povelje o osnovnim pravima

Ukupan dizajn i kontekst dve analizirane odluke ESP sugerišu dalekosežne posledice za savremeni postlisabonski pravno-politički aranžman. *Mangold* presude, I i II, tiču se temeljnog principa prava EU — prvenstva evropskog prava, zatim raspodele nadležnosti između evropskog i nacionalnih nivoa, itd. Ovi predmeti su važni i kao primeri za primenu „Povelje“ o osnovnim pravima nakon ratifikacije Lisabonskog ugovora, sa kojom je „Povelja“ stekla pravnu prirodu sličnu Ugovorima, što daje mogućnost privatnim licima da se na nju pozovu u privatnim sporovima.

Kao rezultat svega, direktive koje sadrže detalje o principima navedenim u Ugovorima, tj. u „Povelji“, od kojih mnogi imaju status opštih principa EU, stekle su neposrednu horizontalnu primenljivost, u tom smislu što čine lakšom direktnu horizontalnu primenu „Povelje“ time što specifikuju njen sadržaj. Horizontalna primena „Povelje“ izražava duboki razvoj sistema EU, utoliko što ona uspostavlja nove obaveze za građane EU (a ne samo za EU ili nacionalne organe) u cilju sprovođenja određenih konstitutivnih prava i principa. Sa jedne strane, pozdravlja se ovakav razvoj, kao i to što je, između redova *Mangold* i *Kucukdeveci* presude, nagoveštena „nova ideja solidarnosti, koja bar jednom nije zasnovana na oportunističkom čitanju građanstva“. Ovlašćenja, dužnosti i obaveze koje proističu iz EU zakonodavstva nisu inovacija, ali „prvi put u ovoj presudi oni nisu doneti da bi služili strukturalnom cilju ekonomske zajednice (kao što je funkcionisanje zajedničkog tržišta). Privatni subjekti su pozvani da daju doprinos konstitutivnoj integraciji EU, i da se izlože troškovima i obavezama sa ciljem obezbeđenja da ostala netržišna prava građana budu osigurana. (...) Kao rezultat, građani EU konačno su pozvani da doprinesu ustavnoj izgradnji Evrope, a države su stavljene pod snažan pritisak da deluju marljivo u svojim dužnostima transpozicije, pošto bilo kakav propust da usklade nacionalno zakonodavstvo sa pravom EU (bilo direktivom, generalnim

⁵¹ Ibidem, p. 21.

principom ili odredbom Povelje), može da dovede do toga da nevini građani budu kažnjeni na sudu.⁵²

Nisu svi, naravno, ohrabreni novim institucionalnim i političkim razvojem sudske prakse ESP u postlisabonskom kontekstu. Zapravo, ESP prati uporna i dosledna kritika na račun „sudskog aktivizma”, posebno u pogledu njegovih tumačenja ili, bolje reći, oblikovanja antidiskriminacionog prava, u nizu direktiva usvojenih u novom milenijumu koje otvaraju manevarski prostor za široka tumačenja sopstvene nadležnosti.⁵³ Dosta glasno kritikovao je ovu praksu ESP — da zahvata u nadležnosti preostale državama (u socijalno-ekonomskoj politici konkretno) — i bivši predsednik Nemačke i sudija Saveznog ustavnog suda Roman Hercog (*Roman Herzog*): „Čak iako ugovori dozvoljavaju da EU reguliše zabranu diskriminacije, pitanje je zašto EU uopšte reguliše starosnu diskriminaciju na tržištu rada?” Zaista, od toliko pravnih finesa i otvorenih pitanja u pravu EU, može se, prosto, zaboraviti fundamentalni princip *supsidijarnosti*, prema kojem EU može da preuzima neke aktivnosti država članica samo onda kada ima bolja rešenja za date probleme, pri čemu je, prema postojećem pravu, osnovni kriterijum da li sporni problem ima prekogranični uticaj. Starosna diskriminacija (na tržištu rada) nema, podseća Hercog, prekograničnu relevantnost.⁵⁴

Može se zaključiti da slučajevi *Mangold* i *Kucukdeveci* pokazuju do koje mere ESP zadire u nadležnosti država članica kada na oblasti koje su, čak, formalno preostale u nadležnosti država članica EU, kao što je slučaj sa radnim odnosima, primenjuje opšti princip jednakog tretmana i zabrane diskriminacije. Međutim, granice primene ovog opšteg principa ostaju, posle dva opisana predmeta, otvorene i za druge oblasti osim radnih odnosa i socijalno-ekonomke

⁵² Ibidem, pp. 22–23. U citiranom tekstu zaključuje se da je presudom *Kucukdeveci* ESP „konačno ispunio preambulu Povelje“, koja upozorava korisnike prava zaštićene u njoj da „uživanje ovih prava povlači za sobom i odgovornosti”.

⁵³ Hans-W. Micklitz, *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European Social Mode in Anti-Discrimination and Consumer Law*, European University Institute, Florence, EUI Working Paper, 2009/19.

⁵⁴ Roman Herzog and Lüder Gerken, “Stop the European Court of Justice”, *Euobserver*, 10/09/2008, Internet: <http://euobserver.com/9/26714>. Herzog je upozoravao i na to da su presudom ESP u slučaju *Mangold*, preko noći svi privremeni/oročeni ugovori o radu zaključeni tokom nemačke reforme tržišta rada postali redovni ugovori o radu, što za posledicu ima i materijalnu štetu nanetu odnosnim preduzećima koja su zapošljavala te radnike. A za generalnu tendenciju ESP koju je osuđivao u ovom tekstu, između ostalih, on kaže da nju ne menja ni „povremena razumna obzirnost u presudama ESP, koje on usvaja da bi služile kao sedativi za rastuće nezadovoljstvo država”.

politike, i ne samo u pogledu diskriminacije na osnovu godina, nego i po bilo kom drugom osnovu pomenutom u „Povelji o osnovnim pravima“ i Ugovorima (kao što su pol, rasa, etničko i socijalno poreklo, genetske osobine, jezik, religija ili vera, političko ili drugo mišljenje, pripadnost nacionalnoj manjini, svojina, rođenje, invalidnost, seksualna orijentacija). Gde se tačno nalazi granica između evropskih i nacionalnih nadležnosti, posebno u prisustvu i primeni opšteg principa zabrane diskriminacije i „Povelje o osnovnim pravima“, ostaje pitanje koje će, bez sumnje, i dalje okupirati stručnu i širu evropsku javnost.

**PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN EU LAW:
“HORIZONTALIZATION” OF THE GENERAL PRINCIPLE
AND DIRECTIVE IN MANGOLD AND KUCUKDEVECİ CASES**

SUMMARY

In two cases, Mangold and Kucukdeveci, the European Court of Justice was asked for a preliminary ruling on the interpretation, from a perspective of EU law, of the legality of some German domestic provisions in the field of employment and occupation that was under suspicion that they represented de facto discrimination on grounds of age. In both cases, ECJ has ruled that national courts must not apply any national provision, which is contrary to the general principle of equal treatment, i.e. the principle of non-discrimination on grounds of age, by virtue of its direct horizontal applicability in relations between private parties. The subject of this article is that sort of “horizontalization” of one general principle in these cases — the principle of non-discrimination on grounds of age and possible implications of such a development in the post-Lisbon political and legal structure of the EU.