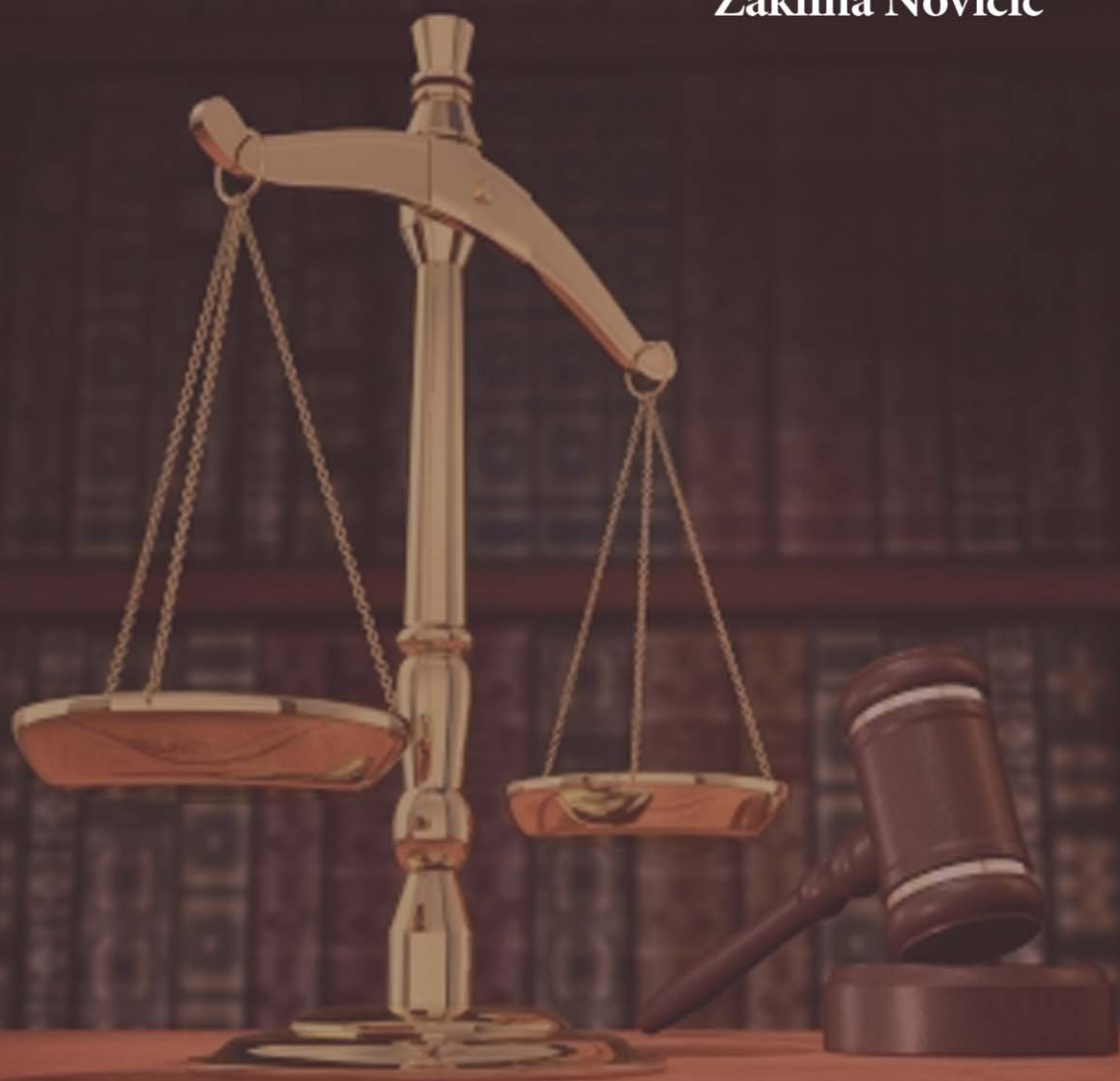


Prvenstvo prava Evropske unije i nacionalna kontrola prekoračenja nadležnosti EU — slučaj Nemačke

Žaklina Novčić



Žaklina Novičić

PRVENSTVO PRAVA EVROPSKE UNIJE
I NACIONALNA KONTROLA PREKORAČENJA
NADLEŽNOSTI EU – SLUČAJ NEMAČKE

Institut za međunarodnu politiku i privredu

Žaklina Novičić

Prvenstvo prava Evropske unije
i nacionalna kontrola prekoračenja
nadležnosti EU — slučaj Nemačke

Praksa Suda pravde EU i nemačkog Saveznog
ustavnog suda
(predmeti *Lisabon*, *Mangold*, *Kučukdeveči*)

Beograd, 2013. godine

Žaklina Novičić

PRVENSTVO PRAVA EVROPSKE UNIJE
I NACIONALNA KONTROLA PREKORAČENJA
NADLEŽNOSTI EU – SLUČAJ NEMAČKE

Izdavač

Institut za međunarodnu politiku i privredu
Makedonska 25, Beograd

Za izdavača

dr Duško Dimitrijević

Recenzenti

dr Vid Vukasović
dr Dragan Đukanović

Kompjuterska obrada i dizajn korica
Snežana Vojković

Štampa

Mala knjiga, Novi Sad

ISBN 978-86-7067-185-0

Objavlivanje monografije finansijski je podržalo Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije, u okviru projekta „Srbija u savremenim međunarodnim odnosima: strateški pravci razvoja i učvršćivanja položaja Srbije u međunarodnim integrativnim procesima – spoljnopolitički, međunarodno-ekonomski, pravni i bezbednosni aspekti“ broj 179029, za period 2011–2014.

SADRŽAJ

I UVODNA RAZMATRANJA	9
Uvod	11
1. Prvenstvo prava EU	13
2. Neposredno dejstvo prava EU	18
3. Postupak pribavljanja odluke o prethodnom pitanju	26
4. Princip prenosa nadležnosti	28
5. Otvorenost nemačkog Ustava za pravo EU	31
6. Nemačka <i>ultra vires</i> kontrola postupaka EU	33
II PRVENSTVO PRAVA EU I NACIONALNA ULTRA VIRES KONTROLA	39
1. SLUČAJ „LISABON“ PRED NEMAČKIM SAVEZNIM USTAVNIM SUDOM	41
2. STRUKTURA PRESUDE I OSNOVNE OCENE	44
2.1. Navodi ustavnih žalbi	45
2.2. Glavne ocene iz presude	46
3. STANDARDI PRESUĐIVANJA I ARGUMENTACIJA	50
3.1. Standard izborne demokratije	50
3.2. Manjak demokratije u evropskoj javnoj vlasti	52

3.3. Suverenitet države i otvorenost za integraciju	56
3.4. Princip prenosa nadležnosti i dinamične procedure ...	58
3.5. Identitet ustava i program integracije	60
3.6. Posebno osetljive oblasti države	62
4. KONTROLA <i>ULTRA VIRES</i> I KONTROLA „IDENTITETA USTAVA“	64
5. PRINCIP PRVENSTVA PRAVA EU	66
6. ZAKLJUČNE NAPOMENE	69
III HORIZONTALNO NEPOSREDNO DEJSTVO DIREKTIVE I OPŠTEG PRINCIPA ZABRANE STAROSNE DISKRIMINACIJE	73
1. PRAVNI KONTEKST ZABRANE DISKRIMINACIJE NA OSNOVU GODINA STAROSTI	75
2. SLUČAJ <i>MANGOLD VS. HELM</i> (2005) PRED ESP	79
2.1. Činjenice i pravni kontekst spora	79
2.2. Rezime presude	81
2.3. Komentari i kritika presude	84
2.3.1. <i>Direktno horizontalno dejstvo direktive tokom prelaznog perioda</i>	86
2.3.2. <i>Direktno horizontalno dejstvo opšteg principa</i>	87
2.3.3. <i>Generalna nadležnost za socijalnu i politiku tržišta rada</i>	88
2.4. Zaobilaženje doktrine direktnog dejstva	89
3. SLUČAJ <i>MANGOLD/HONEYWELL</i> PRED SUS (2010)	90
3.1. Kontekst i razvoj predmeta	91
3.2. Rezime i osnovni stavovi presude SUS	93
3.3. Standardi procene ustavnosti i supsumcija	94

3.3.1. Ugovorna sloboda	95
3.3.2. Provenstvo primene, princip prenosa i ultra vires kontrola	96
3.4. Princip zabrane diskriminacije i direktna horizontalna primena direktive	101
3.5. Izdvojeno mišljenje i kritika presude SUS	106
3.5.1. SUS napušta „lisabonski konsenzus“ bez ubedljivih razloga	106
3.5.2. ESP je očigledno prekoračio nadležnosti	111
3.5.3. Mogućnosti pravne kompenzacije za pretrpljenu štetu	114
3.6. Komentar presude	116
4. SLUČAJ KUČUKDEVEČI (2010) PRED ESP	118
4.1. Uvodne napomene	119
4.2. Zabrana diskriminacije u predmetu Kučukdeveči	120
4.3. O daljem razvoju u kontekstu Povelje o osnovnim pravima	124
 IV ZAKLJUČNA RAZMATRANJA	 127
Literatura	141

I

UVODNA RAZMATRANJA

I

UVODNA RAZMATRANJA

UVOD

Predmet ove knjige je složeni odnos između prava Evropske unije i nacionalnog ustavnog prava država članica EU, koji se razmatra na primeru Savezne Republike Nemačke i ustavne kontrole prekoračenja nadležnosti EU — *ultra vires* kontrole.¹ Taj odnos usmeravaju neki fundamentalni principi, među kojima vrhovno mesto zauzima princip prvenstva prava EU nad nacionalnim pravnim sistemima.² Naime, zamisao pravne zajednice koja postoji i važi širom EU zahteva ograničavanje vršenja sudske vlasti u državama članicama, kako bi se ostvarila uniformnost pravnog poretka EU, odnosno kako ona ne bi bila dovedena u pitanje različitim primenama odluka EU od strane sudova država članica. Primena principa prvenstva prava EU oličava „stvarni prenos ustavne nadležnosti na EU“³ i osnov je praktične delotvornosti pravnog poretka EU. Iz principa prvenstva prava EU proizlaze i načela direktne primene i direktnog dejstva prava EU (komunitarnog prava) u nacionalnim pravnim sistemima, koja nalažu da nikakve mere uvođenja u nacionalni poredak nisu ni potrebne ni dozvoljene za (neke) norme komunitarnog prava (direktna primena),

¹ Generalno, tzv. *ultra vires* kontrola podrazumeva kontrolu, odnosno sudsko preispitivanje postupaka koji su, izvan nadležnosti, ovlašćenja, zakona, ustava, dakle — neovlašćenih postupaka. Termin *ultra vires* koristi se takođe u navedenim značenjima (izvan nadležnosti, ovlašćenja, i sl).

² Za termin prvenstvo (eng. *primacy, supremacy*) u srpskom jeziku se koriste kao sinonimi: nadređenost, primat, prednost, suprematija. Više o ostalim principima EU u: Armin von Bogdandy and Jürgen Bast (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Hart Publishing, 2006, 827. p.

³ Roman Kwiecień, “The Primacy of European Union Law over national Law Under the Constitutional Treaty”, *German Law Journal*, Special issue: Unity of the European Constitution, 2005, Vol. 6, No. 11, p. 18.

ili obavezuju nacionalne sudske instance na neposrednu primenu komunitarnih normi (direktno dejstvo). A jedan od osnovnih pravosudnih mehanizama za primenu i poštovanje principa prvenstva prava EU jeste tzv. postupak rešavanja prethodnog pitanja.

Mada se radi o temeljnom principu na kome počiva pravo EU i sama mogućnost evropske integracije, princip prvenstva evropskog prava nije izričito predviđen osnivačkim ugovorima EU, već se još od rane faze integracije razvijao kroz sudsku praksu Suda pravde EZ (danas EU, *The Court of Justice of the EU*, u daljem tekstu ESP, što je skraćena kolokvijalno naziva „evropski Sud pravde“) i kroz njegova tumačenja. Takvo stanje omogućilo je da se u uporednoj sudskoj praksi država članica EU razvije zamisao nacionalne kontrole *ultra vires* postupaka institucija EU, koja po definiciji protivreči načelu prvenstva prava EU. Tako je, između ostalih, nemački Savezni ustavni sud (nem. *Das Bundes-verfassungsgericht*, u daljem tekstu SUS) razvijao u praksi, uporedo sa razvojem zamisli prvenstva prava EU, sopstveno tumačenje koncepta nacionalne kontrole prava EU.

Rešenje ove antagonističke pozicije između prava EU i nacionalnih pravnih sistema, u krajnjem, podrazumeva odgovor na pitanje ko je „konačni sudija o ustavnosti“ u EU: ESP ili nacionalni sudovi, odnosno nemački SUS.⁴ Za odgovorom na to pitanje traga se i u ovoj knjizi kroz analizu jurisprudencije Suda pravde EU i nemačkog Saveznog ustavnog suda, pre svega u predmetima Lisabon (2009), Mangold (2005-2010) i Kučukdeveči (2010). Pre same analize navedenih paradigmatičkih sporova nešto više će biti reči o osnovnim pojmovima rasprave koja sledi, kao što su: prvenstvo prava EU, neposredno dejstvo prava EU, postupak pribavljanja odluke o prethodnom pitanju i princip prenosa nadležnosti, kao i o ustavnim osnovama integracije Nemačke u EU i ustavnoj *ultra vires* kontroli postupaka EU.

⁴ *National Constitutional Law and European Integration*, auth.: Stefan Griller, Stefan Keiler, Thomas Kröll, Georg Lienbacher and Erich Vranes, European Parliament's Committee on Constitutional Affairs, Directorate General for Internal Policies Policy, Study PE 432.750, Brussels, European Union, 2011, p. 15; Internet, <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/afco/studiesdownload.html?language=Document=EN&file=35331,21/6/2011>.

1. Prvenstvo prava EU

Osnivačkim ugovorima EU nije eksplicitno predviđen princip prvenstva evropskog prava u slučaju njegovog sukoba sa nacionalnim pravom država članica, mada u tom kontekstu indirektni značaj ima i opšte načelo lojalnosti i saradnje država članica (formulisano u članu 10. Ugovora o osnivanju EEZ), koje državama članicama nalaže da preduzmu sve opšte i posebne mere potrebne radi ispunjenja obaveza koje proizlaze iz osnivačkih ugovora ili iz delatnosti evropske Zajednice.⁵ Države članice su posebno dužne da pomognu ostvarenju zadataka Zajednice, kao i da se uzdrže od onih mera koje bi mogle ugroziti ostvarivanje cilja Ugovora. To „ćutanje“ osnivačkih ugovora o prvenstvu prava EU kao fundamentalnom principu evropske integracije, otvorilo je prostor da ESP pribegne „teleološkom tumaćenju osnivačkog ugovora i da princip nadređenosti komunitarnog prava izvede iz njegovog duha i ciljeva“.⁶ Tako je još u ranoj fazi evropske integracije ESP svojom praksom i tumaćenjima razvijao princip prvenstva prava EU, a fundamentalne presude u tom smislu doneo je još početkom 60-ih godina XX veka u ćuvenim predmetima *Van Gend en Loos* (1963) i *Costa/ENEL* (1964).⁷ Ovim presudama ESP je

⁵ Kada se govori o Ugovorima u ovom tekstu, misli se na „osnivačke ugovore“ — međunarodne ugovore kojima se osnivaju evropske zajednice: Pariški ugovor, tj. Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i ćelik iz 1951. godine, i Rimske ugovore, tj. Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice (EEZ) i Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za atomsku energiju (Euratom) iz 1957/58. godine, kao i sve konsekventne revizije, zaključno sa poslednjom iz 2009. godine sa Lisabonskim ugovorom i revizijom Ugovora o funkcionisanju EU (UfEU). U tekstu se koristi konsolidovana numeracija odredaba, prema: *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.

⁶ Vesna Knežević-Predić i Zoran Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 153.

⁷ C-26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, 1963, ECR 1; Internet: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87120>

potvrdio princip prvenstva komunitarnog prava u odnosu na nacionalno pravo, potvrdio da princip nadređenosti prava EU moraju poštovati i nacionalni sudovi, kao i to da je upravo on nadležan da presuđuje u sporovima o sukobu osnivačkih ugovora i nacionalnog zakonodavstva.

Pri formulisanju doktrine o prvenstvu prava EU, ESP je pošao od posebnog karaktera Ugovora o osnivanju EEZ, koji je stvorio sopstveni pravni sistem koji je postao sastavni deo pravnih sistema država članica, i kojem su podređene ne samo države članice nego i njihovi državljani. „Stvarajući Zajednicu neograničenog trajanja koja ima sopstvene institucije, sopstveni subjektivitet, sopstvenu sposobnost predstavljanja na međunarodnom planu, i štaviše, stvarna ovlašćenja koja proističu iz ograničenja suverenosti ili prenošenja ovlašćenja sa države na Zajednicu, države članice su ograničile svoja suverena prava, mada u ograničenoj oblasti, i tako stvorile korpus prava koji obavezuje i njihove državljane i njih same. Pravo koje proističe iz Ugovora, nezavisnog izvora prava, ne može, zbog svoje posebne i izvorne prirode, biti prevladano odredbama domaćeg zakonodavstva, bez obzira na njihovu formu, a da ne bude lišeno svog komunitarnog karaktera i da sama osnova Zajednice ne bude dovedena u pitanje“.⁸

ESP je razvijao koncepciju prvenstva prava EU do današnjih dana insistiranjem da „nikakvo pozivanje na odredbe unutrašnjeg prava, kakve god prirode te odredbe bile, ne može da nadvlada komunitarno pravo.“⁹ Bez principa prvenstva prava EU i, uz njega,

&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1231; 10/11/2009.

C-6/64, *Flaminio Costa v. ENEL*, 1964, ECR 585; Internet: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12312; 10/11/2009>.

⁸ Vesna Knežević-Predić i Zoran Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, op. cit., str. 154.

⁹ C-48/71, *Commission v. Italy*, 1972, ECR 527, 535. Za analizu navedenog i drugih relevantnih slučajeva (C-77/69, *Commission v. Belgium*, ECR 237; C-254/83, *Commission v. Italy*, 1984, ECR 3395) videti prethodnu referencu.

principa direktnog dejstva prava EU, komunitarno pravo ne bi moglo da zameni nacionalno pravo, a države članice bi mogle jednostavno da ignorišu pravila EU. U pomenutim i drugim presudama ESP je stao na stanovište da su države članice definitivno prenele suverena prava na Zajednicu, da komunitarno pravo ne može da bude poništeno unutrašnjim nacionalnim pravom, i da je potrebno ograničiti vršenje sudske vlasti u državama članicama kako uniformnost pravnog poretka EU ne bi bila dovedena u pitanje različitim primenama odluka od strane sudova država članica.

U jednom od relevantnih predmeta, ESP je objasnio dejstvo principa nadređenosti sledećim rečima: „(...) U skladu sa principom nadređenosti komunitarnog prava, odnos odredaba Ugovora i neposredno primenjivih mera institucija, sa jedne strane, i nacionalnog prava sa druge strane, takav je da te odredbe svojim stupanjem na snagu ne samo da automatski čine neprimenjivom svaku suprotnu odredbu nacionalnog prava na snazi, već — u meri u kojoj su sastavni deo pravnog poretka koji se primenjuje na teritoriji svake države članice i nadređene su tom poretku — sprečavaju validno usvajanje novih nacionalnih mera u meri u kojoj bi one bile nesaglasne sa komunitarnim odredbama (...).“¹⁰ Drugim rečima, svaki nacionalni sud u postupku pod njegovom jurisdikcijom mora da primeni komunitarno pravo u celini, i da zaštiti prava koje ono pruža pojedincima, i da ostavi po strani svaku odredbu nacionalnog prava koja je u sukobu ili sa ranijim ili sa kasnijim komunitarnim pravilom. Pri tome, ESP ne implicira da nesaglasnost sa komunitarnom normom čini kasnije usvojenu nacionalnu meru nepostojećom, ništavom. Nacionalni sud suočen sa takvom situacijom ima obavezu da takvu nacionalnu meru ne primeni, pri čemu ta obaveza ne ograničava ovlašćenje nacionalnog suda da primeni postupak propisan nacionalnim pravom koji omogućava zaštitu nekog prava individualnog subjekta koje proističe iz komunitarnog prava. Prema tome, u slučajevima kada

¹⁰ C-106/77, *Simmenthal*, 1978, ECR, 629, 643, 644. Vesna Knežević-Predić i Zoran Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, op. cit., str. 155.

je suočen sa odredbama domaćeg i komunitarnog prava koje različito uređuju jedno isto pitanje, nacionalni organ dužan je da primeni komunitarno pravo. Ova obaveza u prvom redu postoji za nacionalne sudove, budući da ESP sa njima ima stalnu i neposrednu komunikaciju posredstvom *postupka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju*. Međutim, princip prvenstva prava EU vezuje i nacionalne upravne organe. Kada su u pitanju zakonodavni organi, princip prvenstva podrazumeva njihovu obavezu da izmene ili stave van snage postojeće propise suprotno komunitarnom pravu, kao i da ubuduće ne donose propise koji nisu usklađeni sa tim pravom.¹¹

Time što je obezbedio prvenstvo i puno dejstvo komunitarnom pravu, nacionalni sud ima, sa druge strane, obavezu da odbije primenu suprotne nacionalne norme. Tom prilikom nacionalni sud nije dužan da traži niti da čeka stavljanje van snage suprotne unutrašnje norme. Odredbe nacionalnog prava suprotne komunitarnom pravu važe i dalje u okviru nacionalnog prava, s tim što se u konkretnom slučaju ne mogu primeniti. „Nacionalni sud, dakle, donosi odluku o neprimenjivosti nacionalne odredbe i umesto nje primenjuje odgovarajuću odredbu komunitarnog prava, ostavljajući da se formalnom ukidanju ili poništenju nacionalnog propisa odluči po proceduri koja je propisana unutrašnjim pravom. (...) Povukavši granicu između obaveze nacionalnog suda da ne primeni nacionalnu odredbu nesaglasnu komunitarnom pravu, i ništavosti takve odredbe, odnosno ograničavajući dejstvo principa prvenstva na obavezu neprimenjivanja takve odredbe, Sud je ukazao na prvo ograničenje delovanja principa nadređenosti komunitarnog prava. Preostala dva ograničenja proističu iz bitno različitih izvora: samog komunitarnog prava i ustavnog okvira pojedinih država članica. (...) Naime, sam komunitarni poredak postavlja uslove za primenu principa nadređenosti komunitarnog prava: on zahteva da neprimenjivanje normi nacionalnog prava koje su u nesaglasnosti sa normama komunitarnog prava ne zadire

¹¹ Up. Vesna Knežević-Predić i Zoran Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, op. cit., str. 156.

u neke druge bazične principe ovog poretka, kao što je princip pravne sigurnosti i princip zaštite legitimnih očekivanja.”¹²

U pogledu odnosa između komunitarnog i nacionalnog prava, ESP je zauzeo stav bezuslovne nadređenost komunitarnog prava. Poslednja ugovorna revizija osnivačkih ugovora EU — Lisabonski ugovor, nije promenila ni taj stav, niti dosadašnju praksu, već je potvrdila (postojeće) pravno stanje, budući da i dalje nema eksplicitne ugovorne odredbe o prvenstvu prava EU nad nacionalnim pravnim sistemima. Eksplicitna odredba o prvenstvu bila je predviđena u neusvojenom „Ustavu EU“,¹³ ali ona nije našla mesto u tekstu Ugovora, već u „Deklaraciju br. 17. koja se odnosi na prvenstvo“, i koja ponavlja da „u skladu sa dobro ustanovljenom sudskom praksom Suda pravde EU, ugovori i pravo usvojeno od strane Unije na bazi ugovora imaju prvenstvo nad pravom država članica, pod uslovima utvrđenim pomenutom sudskom praksom.“¹⁴

Lisabonski ugovor ne menja, dakle, situaciju stvorenu sudskom praksom ESP, ali je više iznijansiran od te sudske prakse.¹⁵ Bitni aspekti prvenstva primene Lisabonskog ugovora ostali su nedovoljno određeni i posle poslednje ugovorne revizije, pa nisu nemogući i budući sukobi oko nadležnosti između EU, tj. ESP i država članica, tj. nacionalnih ustavnih sudova, od kojih nas ovde zanima prvenstveno nemački slučaj. U krajnjem, problem se svodi na pitanje ko ima konačnu reč, tj. ko je „konačni sudija“ o ustavnosti u EU, kada dođe do sukoba nadležnosti evropskih i nacionalnih organa. Pitanje je dakle koja sudska instanca predstavlja konačnog arbitra u pitanjima tumačenja prava koje reguliše evropske konstitucionalne odnose.

¹² Ibidem, str. 156-157. Na navedenim stranama videti, na primer, analizu slučaja C-453/00, *Kuhne & Heity*, 2004, ECR I-837.

¹³ *Treaty establishing a Constitution for Europe*, Official Journal C 310, vol. 47, 16 December 2004, Član I.6 i Deklaracija br. 1.

¹⁴ Deklaracija br. 17. koja se odnosi na prvenstvo, uz Lisabonski ugovor, op. cit.

¹⁵ *National Constitutional Law and European Integration*, Stefan Griller et al., op. cit., p. 11.

2. Neposredno dejstvo prava EU

Osnivački ugovori ne poznaju termin „neposredno dejstvo“ (*direct effect*), već i u njima nalazimo koncept „neposredne primenjivosti“, koji podrazumeva da nikakve mere uvođenja u nacionalni poredak nisu ni potrebne ni dozvoljene, i koji se odnosi samo na regulativu koja je „neposredno primenjivi“ (*directly applicable*) pravni akt institucija EU.¹⁶ Princip neposrednog dejstva razvijao se u sudskoj praksi ESP, i ne vezuje se ni za jedan poseban izvor prava u formalnom smislu, a podrazumeva nalog nacionalnom sudu da primeni odredbu prava EU koja je jasna, precizna i безусловna, bez obzira na to u kojem izvoru prava se nalazi. Suštinu principa neposrednog dejstva čini težnja da se zaštite individualna prava garantovana propisima prava EU. Uprkos ovoj razlici, termini „neposredna primena“ i „neposredno dejstvo“ koriste se kao sinonimi, i to od strane institucija EU, samog ESP, kao i u akademskim radovima. Jedno od objašnjenja je da su, u suštini, izvor nejasnoća dva shvatanja principa neposrednog dejstva. Prema užem, princip neposrednog dejstva obavezuje nacionalni sud da primeni jasnu, preciznu i безусловnu komunitarnu normu ukoliko se na tu normu pred njim pozove

¹⁶ Prema članu 288 UfEU (ex-član 249 UEZ), u izvršenju svojih nadležnosti institucije EU usvajaju sledeće pravne akte: regulativu — koja ima opštu važnost, obavezuje u celini i neposredno se primenjuje u svakoj državi članici (koja postaje sastavni deo nacionalnih pravnih poredaka danom stupanja na snagu u službenom glasilu EU u kom je objavljena); direktivu — koje obavezuju svaku državu članicu kojoj je upućena u pogledu rezultata koji treba postići, dok se nacionalnim organima ostavlja da izaberu formu i sredstva izvršenja; odluku — koja obavezuje u celini određenog subjekta kome je upućena (državu ili pojedinca); i preporuke i mišljenja — koji spadaju u akte koji ne obavezuju.

pojedinaac u zaštiti svog individualnog prava. Prema širem shvatanju, ovaj princip ne ograničava se na zaštitu subjektivnog prava pojedinca, već predstavlja jasnu, preciznu i безусловnu odredbu komunitarnog prava za preduzimanje određenih mera od strane javnih vlasti koje inače one ne bi mogle preduzimati.¹⁷

ESP je termin „neposredno dejstvo“ prvi put upotrebio i objasnio njegovo značenje u predmetu *Van Gend en Loos v. Netherlands* iz 1963. godine, kada je određenim odredbama Ugovora pripisao neposredno dejstvo i identifikovao uslove koji su neophodni za to: da odredbe budu dovoljno jasno i precizno izražene, tj. da sadrže jasne obaveze država; te obaveze država moraju biti negativne; one moraju biti безусловne i nezavisne od bilo koje druge zakonske odredbe (njihovo ispunjenje ne sme da zavisi od nacionalnih mera implementacije, niti od diskrecionog ovlašćenja bilo kog nezavisnog tela); i moraju dodeljivati neko posebno pravo na kojem građanin može zasnovati tužbu.¹⁸ Ovi dosta strogi uslovi liberalizovani su kasnijom sudskom praksom ESP, a u narednom paradigmatskom predmetu *Costa v. ENEL* iz 1964. godine iskristalisalo se i danas važeće šire shvatanje, tj. „tročlani test“ neposrednog dejstva odredaba prava EU: da je odredba jasna i precizna, da je безусловna, i da njeno ispunjenje ne zavisi od mera implementacije države ili institucija EU.¹⁹

Obrazloženje ESP za uvođenje principa neposrednog dejstva, kao uostalom i u slučaju principa prvenstva prava EU, u principu se zasniva na stavu o Ugovorima kao nezavisnom izvoru prava,²⁰ o „posebnom karakteru“ prava EU i „novom pravnom poretku međunarodnog prava“ u korist koga su države članice ograničile svoja

¹⁷ Vesna Knežević-Predić, Zoran Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, op. cit., str. 138-139.

¹⁸ C-26/62, *Van Gend en Loos* op. cit., pp. 12-13.

¹⁹ C-6/64, *Costa v. ENEL*, op. cit., p. 594. Širenje korpusa odredaba Ugovora koje proizvode neposredno dejstvo kroz analizu i raznih slučajeva (*Lutticke* 1966, *Fink Frucht* 1968, *Salgoli* 1968), videti u: Vesna Knežević-Predić, Zoran Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, op. cit., str. 140-141:

²⁰ C-6/64, *Costa v ENEL*, 1964 ECR, 585, 593f.

suverena prava, doduše u ograničenoj oblasti.²¹ Subjekti tog prava su ne samo države članice, već i njihovi državljani, i to je odgovor ESP na pitanje da li se dejstvo međunarodnog ugovora proteže čak do individualnih subjekata. Komunitarno pravo je, dakle, nezavisno od prava država članica, i ono nameće određene obaveze individualnim subjektima, ali im, osim toga, ono dodeljuje i određena prava koja postaju sastavni deo pravne baštine država članica. „Ta prava ne nastaju samo tamo gde su izričito dodeljena ugovorom, već i po osnovu obaveza koje ugovor na jasno određen način nameće kako pojedincima tako i državama članicama i institucijama Zajednice“.²²

Princip neposrednog delovanja *ugovornih* odredaba, ESP je razvijao narednih decenija u nekoliko pravaca: za sve veći broj odredaba (čime se proširila i lista prava koje individualni subjekti uživaju, a koja su pravosudni organi država članica dužni da zaštite); za norme koje su sadržane u drugim *međunarodnim ugovorima* koji ulaze u korpus komunitarnog prava; za *sekundarno zakonodavstvo* EU, tj. norme sadržane u regulativama, odlukama i, konačno, u direktivama. Neposredno dejstvo je prošireno, najzad, i na taj način što je prihvaćeno da se individualni subjekti mogu na svoja prava pozivati ne samo protiv države (*vertikalno* neposredno dejstvo), nego i protiv drugog individualnog subjekta (*horizontalno* neposredno dejstvo).²³ Od sekundarnog zakonodavstva, neposredno su primenjive odluke, ali one obavezuju samo adresata (državu, pravno ili fizičko lice).²⁴ Regulativa se neposredno primenjuje, i ne zahteva

²¹ C-26/62, op. cit., p. 12.

²² Vesna Knežević-Predić, Zoran Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, op. cit., str. 140.

²³ Ibidem, str. 140-144. Neposredno dejstvo priznaje se i ostalim međunarodnim ugovorima čija je strana ugovornica EZ, uz dva bitna izuzetka: Opšti sporazum o carinama i trgovini (GATT) i Sporazumi zaključeni u okviru Svetske trgovinske organizacije (WTO). Ugovori o saradnji i ugovori o pridruživanju takođe proizvode neposredno dejstvo.

²⁴ Ibidem, str. 146. To ne znači da sve odredbe odluka imaju i direktno dejstvo, jer i one moraju da ispune pomenute uslove za direktnu primenu (jasna i precizna, bezuslovna odredba, koja ne zavisi od mera implementacije).

nikakve mere uvođenja u unutrašnji poredak, pošto automatski postaje deo pravnog poretka država članica, a zbog njene opšte primenljivosti, individualni subjekt se na direktno primenjivu odredbu može pozvati kako protiv države (vertikalno), tako i protiv drugog individualnog subjekta (horizontalno).²⁵

Direktive su poseban slučaj pošto ne proizvode prava i obaveze za individualne subjekte već isključivo za državu ili države kojima se upućuju. Po pravilu, prava i obaveze individualnih subjekata proizlaze iz nacionalnih mera implementacije, ali ako država, kršeći svoju obavezu sprovođenja direktive, propusti da usvoji mere implementacije ili usvoji neodgovarajuće mere u propisanom roku, tada individualni subjekti imaju pravo da se u postupku pred nacionalnim sudom protiv države pozovu direktno na odredbe direktive, i nacionalni sud će biti u obavezi da zaštiti prava koja iz njih proističu za individualne subjekte. Pri tome, opšti test za primenu direktnog dejstva važi i u ovom slučaju, pa odnosna direktiva mora biti безусловna i dovoljno precizna. Dakle, ukoliko je rok predviđen za implementaciju direktive istekao, a odbredba koju ona sadrži jeste безусловna i dovoljno precizna, individualni subjekt se na nju može pozvati pred nacionalnim sudom u postupku protiv države.²⁶

Jasno je da je bitno ograničenje neposrednog delovanja direktiva to što se individualni subjekti ne mogu pozivati na njihove odredbe protiv drugih individualnih subjekata, već samo protiv države. Najjednostavniji način proširenja (vertikalnog) neposrednog dejstva direktiva bilo usvajanje najšire moguće definicije „emanacije države” koja uključuje, sve organizacije ili tela koja su podvrgnuta vlasti ili kontroli države ili imaju posebna ovlašćenja koja nadilaze ovlašćenja koja proističu iz uobičajenih pravila koja se primenjuju u odnosima individualnih subjekata. Posebno se to odnosi na centralne i decentralizovane organe vlasti i druga tela odgovorna za obezbeđenje javnih usluga koja se nalaze se pod kontrolom države, pa se takvima

²⁵ Ibidem, str. 92, 145-146.

²⁶ Ibidem, str. 147.

računaju, na primer, zdravstvena uprava, a u nekim slučajevima čak i nacionalizovane industrije.²⁷ 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.²⁸

ESP je istrajavao tokom svih ovih decenija na neprihvatanju neposrednog horizontalnog dejstva direktiva, jer bi to značilo ovlastiti institucije EZ da neposredno nameću obaveze individualnim subjektima ne smo regulativama, već i direktivama. Ali, ESP je prihvatio mogućnost zaobilaženja doktrine prema kojoj direktive ne mogu imati neposredno horizontalno dejstvo, kroz priznanje koncepta *indirektnog dejstva* (ili interpretativnog dejstva) direktiva,²⁹ koji podrazumeva *interpretativnu* obavezu kojom se zahteva od nacionalnih sudova da čitaju unutrašnje pravo na način koji potvrđuje odredbe direktiva, i posebno je relevantan za predmete koji se analiziraju u ovoj knjizi. To je posebno koristan mehanizam u slučajevima gde postoje relevantni nacionalni zakoni koji mogu biti podvrgnuti tumačenju, i gde sud ne može da se osloni na samu direktivu zbog toga što nije dovoljno precizna, period implementacije nije istekao ili se radi o procesu između privatnih strana.³⁰

Obaveza nacionalnih sudova da nacionalno zakonodavstvo tumače u skladu sa direktivom proističe iz opšte obaveze država da poštuju i obezbede poštovanje komunitarnog prava, koja se odnosi na sve institucije države, pa i na pravosudne organe. Tako su sudskom praksom ESP razvijena tumačenja direktiva koja

²⁷ Cf. 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, Vol. 18, No. 1, p. 240.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, fifth edition, Oxford University Press, 2011, pp. 271, 278, 287f.

naglašavaju obavezujući rezultat koji se direktivama postiže, a ne, kako je navedeno u ugovornoj odredbi, da se ostavlja nacionalnim vlastima da izaberu oblik i metode primene direktive. Razlog za pripisivanje određenog neposrednog dejstva direktivama bio je da se obezbedi praktično dejstvo (*l'effet utile*) zakonodavstva EU.³¹

Drugim rečima, i kada neka konkretna odredba direktive ne proizvodi neposredno dejstvo, ona nije lišena svakog pravnog dejstva. Od nacionalnih sudova se zahteva da svoje nacionalno pravo tumače u svetlu slova i cilja direktive kako bi se postigao rezultat koji direktiva treba da proizvede u skladu sa Ugovorom o osnivanju EZ. To se ne odnosi samo na mere koje su usvojene zarad sprovođenja direktive, već na sve mere bilo da su usvojene pre ili posle usvajanja direktive. Od suda se, međutim, ne zahteva da odredbe nacionalnog zakonodavstva tumači *contra legem*. Obaveza da se nacionalno zakonodavstvo tumači u skladu sa direktivom ograničena je i opštim principima komunitarnog prava, posebno principom pravne sigurnosti i zabrane retroaktivnosti.³²

Sudska praksa ESP i nacionalnih sudova iskristalisala je neka pravila o pravnim efektima koje odredbe direktive koje nemaju neposredno dejstvo proizvode na pravni položaj javnih vlasti i individualnih subjekata. Tako su nacionalni subjekti u obavezi da: 1) nacionalno pravo tumače u skladu sa direktivom koliko god je to moguće; 2) priznaju direktivi primat u odnosi na nacionalno zakonodavstvo; 3) kada je, uprkos prethodnim merama, nemoguće postići rezultat koji se direktivom želeo postići, država članica će

³¹ Prvi postupak u kome je ESP prihvatio direktno dejstvo direktive bio je 1974. godine (*Van Duyn v. Homme Office*), i tada je Sud stao na stanovište da bi bilo nespojivo sa obavezujućim dejstvom direktive isključiti, u principu, mogućnost da se na obavezu koju ona nameće pozovu oni na koje se odnosi. Koristan učinak (*l'effet utile*) takvog akta bio bi posebno oslabljen tamo gde organi Zajednice, putem direktive, ustanove obavezu država članica da slede određeni smer ponašanja, ako bi pojedinci bili sprečeni da se na njega pozovu pred svojim nacionalnim sudovima i ako bi ovi drugi bili sprečeni da ga razmotre kao sastavni deo komunitarnog prava.

³² Vesna Knežević-Predić, Zoran Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, op. cit., str. 147-148.

biti u obavezi da individualnom subjektu naknadi štetu koja je prouzrokovana pouštanjem da se direktiva implementira.³³

Na osnovu doktrine nadređenosti prava EU, odredbe komunitarnog prava sa direktnim dejstvom imaju prvenstvo nad domaćim pravom. 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, gde većina propisa EU ima oblik direktiva, pa tom pogledu je odluka ESP da proširi princip neposrednog dejstva na direktive od ključnog značaja.³⁴

Pored svega, za slučajeve koji se razmatraju u ovoj knjizi, relevantan je još jedan mehanizam zaobilaznja dosadašnje sudske prakse preko priznanja neposrednog horizontalnog dejstva *opštih principa* — u konkretnim predmetima koji su pred nama — 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.³⁵ U pogledu njihovog direktnog dejstva, 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

³³ Ibidem.

³⁴ Jedan od prvih predmeta gde je Sud prihvatio horizontalno direktno dejstvo osnivačkih ugovora, prvi postupak u kome je i norme sadržane u novom formalnom izvoru prava, tj. opštim načelima uveo u krug odredbi koje proizvode neposredno dejstvo, bio je slučaj ESP: C-43/75, *Defrenne v. Sabena*, iz 1976. Ovo je verovatno najpoznatiji slučaj u ovoj oblasti sudske prakse vezane za radno pravo. U slučaju Defrene iz 1976. godine Evropski sud je odlučio 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. Više o ovom slučaju u: Vesna Knežević-Predić, Zoran Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, op. cit., str. 141-142.

³⁵ 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, pp. 17-18.

principi nastajali su da bi popunili „fiziološke lakune“ nekog pravnog poretka, i da bi obezbedili građane nekim instrumentima kontrole protiv izvršenja javnih ovlašćenja.³⁶ Opšti principi se tipično sastoje od proceduralnih i suštinskih smernica u cilju obezbeđivanja adekvatnog praga pravičnosti javne intervencije u društvenom životu. Prema tome, njihova uloga u parnici uglavnom je da budu standard kontrole za državne akcije (vertikalno neposredno dejstvo).³⁷

Kada se principi sprovode, oni generalno privatnim licima daju neka prava, ali ih ne podređuju primenjivim, izvršnim obavezama. Kada je reč o principu zabrane diskriminacije, tu je stvar komplikovanija, pošto i privatna lica mogu da ispoljavaju diskriminatorsko ponašanje, isto kao i javne vlasti. Tako se principi zabrane diskriminacije, u krajnjem, uvodi i u privatnim parnicama, što je slučaj u sporovima koje ovde razmatramo. Ostaje, ipak, otvoreno bitno 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, kao što ćemo videti na konkretnim primerima, završava u scenariju gde pojedinci mogu da se smatraju odgovornim za neuspeh svojih država da se usklade sa dužnostima sprovođenja prava EU u skladu sa opštim principima prava.³⁸

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Upravo to se desilo u slučajevima koje razmatramo: Nemačka nije uspela 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.

3. Postupak pribavljanja odluke o prethodnom pitanju

Jedan od osnovnih pravosudnih mehanizama za primenu i poštovanje principa prvenstva i direktnog dejstva prava EU jeste tzv. postupak rešavanja prethodnog pitanja.³⁹ On otpočinje i završava se pred nacionalnim sudom države članice, a iniciraju ga i vode privatnopravni subjekti, odnosno fizička i pravna lica nacionalnog prava. U ovom mehanizmu, ESP se pojavljuje u naizgled ograničenoj ulozi, budući da se spor ne okončava njegovom presudom, već obraćanje ovom sudu radi pribavljanja odluke o prethodnom pitanju predstavlja samo poseban stadijum ili međufazu u postupku koji započinje i vodi se pred nacionalnim sudom. Nacionalni sud zastaje sa postupkom i pitanje vezano za primenu i tumačenje komunitarnog prava, koje je neophodno radi donošenja presude u predmetu koji rešava, upućuje Sudu pravde EU. Tumačenje suda, koje se daje u formi presude, zatim se vraća nacionalnom sudu koji primenjuje pravo na konkretne okolnosti slučaja i donosi presudu.

ESP nije, dakle, ovlašćen da razmatra konkretni spor i da na njega primeni komunitarno pravo. Međutim, on je jedini i, u krajnjoj liniji, isključivo ovlašćen da utvrdi i presudi šta jeste komunitarno pravo. Njegova odluka je pritom konačna i obavezuje nacionalni sud. Protiv nje ne postoji pravo žalbe, niti bilo koje drugo pravno sredstvo, pa je na taj način obezbeđena uloga vrhovnog tumača prava EU za ESP.

³⁹ Član 267 UfEU (ex-234 UEZ). O postupku pribavljanja odluke o prethodnom pitanju (*reference for a preliminary ruling*) kao privatnom mehanizmu kontrole izvršenja obaveza prema: Vesna Knežević-Predić, Zoran Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, op. cit., str. 167-179. Kontrola izvršenja obaveza država članica od strane ESP može se razvrstati u dve osnovne grupe: postupci po direktnim tužbama zbog navodnog kršenja prava EU (javni mehanizam kontrole); i postupak pribavljanja odluke o prethodnom pitanju (privatni mehanizam kontrole). Postupci po direktnim tužbama (zbog neispunjenja obaveze iz ugovora od strane država članica) započinju tužbom koja je podneta pred ESP i završavaju se njegovom presudom; a aktivnu legitimaciju u ovom postupku uživaju samo javnopravni subjekti oličeni u instituciji Zajednice (tačnije Komisiji ili državi članici).

Kroz ovaj postupak uspostavlja se direktni i stalno otvoreni kanal komunikacije između pravosudnih organa država članica i ESP, u kojem je pravu EU i njegovom vrhovnom tumaču obezbeđeno prvenstvo u odnosu na nacionalne pravosudne organe. Mada formalno ne postoji odnos nadređenosti i podređenosti nacionalnih pravosudnih organa i ESP, donošenje odluke o prethodnom pitanju faktički stavlja ESP u položaj meritornog odlučioaca kada je o reč o pravu EU.⁴⁰

ESP je ovlašćen da donosi odluke o dve vrste prethodnih pitanja. Tumačenjem ESP-a, nacionalni sudovi pred kojima se vodi spor dobijaju neophodna razjašnjenja u vezi sa *smislom odredaba prava EU* koja će im omogućiti da donesu presudu. Nasuprot tome, pitanja *valjanosti* tiču se usklađenosti normi prava EU, i njihova je svrha da se uspostavi poštovanje načela zakonitosti u okviru samih zajednica. Tako kroz odgovore na ova pitanja ESP, zapravo, daje nacionalnim sudovima merodavnu ocenu zakonitosti akata Zajednice. Predmet odluke o valjanosti mogu da budu samo akti koje donose institucije EU; od ESP se ne može tražiti da odlučuje o pravnoj valjanosti odredaba osnovnih ugovora, pošto su oni po pravnoj snazi najviši, ustavni akti prava EU, isključena je mogućnost ocene njihove zakonitosti u ovom postupku. Razlozi za osporavanje valjanosti obuhvataju sve osnove propisane osnivačkim ugovorima za poništenje komunitarnih akata: a) nedostatak nadležnosti; b) povreda bitnih pravila postupka; v) povreda ugovora ili svakog drugog pravnog propisa koji se odnosi na njegovu primenu; g) zloupotreba ovlašćenja.⁴¹

Privatni mehanizam kontrole izvršenja obaveza država članica ima višestruki značaj, koji se ogleda u tome što on obezbeđuje jednoobraznost u primeni i tumačenju prava EU od strane nacionalnih sudova u svim državama članicama, i od suštinskog je značaja za očuvanje uniformnog karaktera prava Zajednice jer

⁴⁰ Vesna Knežević-Predić, Zoran Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, op. cit., str. 167-168.

⁴¹ *Ibidem*, str. 169-171. Član 263 UFEU; ex-član 230. UEZ.

olakšava njegovu primenu komunitarnog prava. Individualnom subjektu je ovim postupkom omogućeno da na nivou koji mu je najpristupačniji, nacionalnom, dobije zaštitu svojih prava koju mu garantuje pravo EU. Najveći broj predmeta koje ESP godišnje rešava, upravo se odnose na predloge za odlučivanje o prethodnim pitanjima; broj postupaka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju pred ESP čini gotovo polovinu od ukupno do sada pokrenutih sporova. Skoro sve najznačajnije odluke ESP donete su na osnovu nadležnosti za odlučivanje o prethodnom postupku. Budući da je najpropulsivniji, i ujedno najvažniji vid pravosudne kontrole u EZ,⁴² privatni mehanizam kontrole izvršenja obaveza država članica otvara, kao što ćemo videti, brojne probleme i nedoumice.

4. Princip prenosa nadležnosti

Domašaj i ograničenja principa prvenstva (i principa direktnog dejstva) prava EU definiše samo komunitarno pravo, i to tako što ispituje odnos principa prvenstva prema drugim bazičnim principima komunitarnog prava.⁴³ Prema pravu EU i sudskoj praksi ESP, neprihvatljivo je i nedopustivo da nacionalni pravosudni organi jednostrano uslovljavaju ili prilagođavaju primenu komunitarnih normi u skladu sa unutrašnjim zahtevima. Ali, takvi pokušaji postoje, i jedan od njih — slučaj SR Nemačke, jedan je od „najglasovitijih“.⁴⁴ U ovoj knjizi se analizira upravo taj primer, pri čemu se mora istaći da je Nemačka još uvek u „umerenoj“ grupi kad se poredi sa drugim članicama.⁴⁵

⁴² Ibidem, str. 168-169.

⁴³ Ibidem, str. 157.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Stefan Griller et al., *National Constitutional Law and European Integration*, op. cit., pp. 14-15. U navedenoj studiji analizira se odnos evropske integracije i nacionalnih ustavnih prava osam zemalja članica EU: Češke, Nemačke, Francuske, Italije, Austrije, Poljske, Finske i Švedske.

Nacionalni pokušaji pravosudnih organa da jednostrano uslovljavaju ili prilagođavaju primenu komunitarnih normi u skladu sa unutrašnjim ustavnim zahtevima zasnivaju se, prvenstveno na principu da su ovlašćenja Unije ograničena na nadležnosti koje su joj prenete putem eksplicitnih odredaba Ugovora. „Princip prenosa“ (eng. *principle of conferral*) nadležnosti ne može biti dovođen u pitanje, i on je, kao princip raspodele i vršenja nadležnosti, posebno potvrđen Lisabonskim ugovorom.⁴⁶ Naime, jedan od ciljeva Lisabonskog ugovora bilo je ostvarenje jasnosti, transparentnosti u raspodeli nadležnosti između država članica i EU. Raspodela evropskih nadležnosti i njihovo razgraničenje od nadležnosti država članica sprovodi se prema principu prenosa na ograničen i kontrolisan način, i prema drugim mehanizmima zaštite koji se odnose na specifične nadležnosti.⁴⁷

Princip prenosa (dela) nadležnosti predstavlja mehanizam zaštite odgovornosti država članica i on podrazumeva da je EU nadležna za neko pitanje samo u meri u kojoj su joj države članice prenele te nadležnosti. Prema tome, države članice predstavljaju primarnu političku oblast politike, dok EU ima sekundarnu tj. delegiranu odgovornost za zadatke koji su joj povereni: „Unija deluje samo u okviru granica nadležnosti koje su joj prenele države članice putem ugovora radi postizanja ciljeva postavljenih u njima.”⁴⁸

Osim toga, Lisabonski ugovor ne samo da potvrđuje granice nadležnosti Unije, nego i poštovanje nacionalnog ustavnog okruženja. Njime je utvrđena obaveza EU da poštuje nacionalni identitet država članica „inherentan u njihovim strukturama, političkim i ustavnim,

⁴⁶ Nemački naziv ovog principa — *begrenzten Einzelermächtigung*, u bukvalnom prevodu znači — ograničeni prenos nadležnosti.

⁴⁷ Član 4(1)(2) UfEU. Pored više grupa ugovornih odredaba, vršenje i raspodela nadležnosti su predmet više deklaracija i protokola o razgraničenju nadležnosti, pravnoj ličnosti EU i principu supsidijarnosti i proporcionalnosti. Videti članove: 5.1 i 5.2; 1.1; 3.6; 4.1, 48.6(3) UfEU; članove 2.1 i 2.2; 4.1; 7; 19; 32; 130; 132.1; 207.6; 337 UfEU; Videti i deklaracije br. 18 i 24, kao i Protokol br. 2.

⁴⁸ Videti: član 5.1. i 5.2. UfEU, Deklaraciju (br. 18) o razgraničenju nadležnosti, i Deklaraciju br. 24 o pravnoj ličnosti EU.

uključujući i regionalne i lokalne samouprave“, kao i „jednakost država članica pred Ugovorima“ i njihove „suštinske državne funkcije“, gde se kao primer posebno pominje „obezbeđenje teritorijalnog integriteta država, održavanje javnog reda i očuvanje nacionalne bezbednosti“.⁴⁹ To je aspekt koji se znatno razlikuje od sudske prakse ESP.

Pored toga, Povelja EU o osnovnim pravima, koja je sa Lisabonskim ugovorom stekla isti pravni status kao i Ugovori, ne samo da izričito osigurava stepen zaštite kakav je priznat pravom EU, međunarodnim pravom i međunarodnim ugovorima, nego i „ustavima država članica“.⁵⁰ Za ovakva rešenja se smatra da mogu da podstaknu iznošenje rezervi država članica EU i na samo shvatanje bezuslovne nadređenosti prava EU nad nacionalnim zakonom, i da ona, svakako, ne doprinose jačanju sudske prakse ESP u tom pogledu. To sugeriše i sve veću važnost nacionalnih ustavnih osnova za članstvo država u EU, uz koju se identifikuje i sve veći broj nacionalnih uslova i restrikcija za evropske integracije.⁵¹

Principu prenosa daje težinu činjenica da su se sve članice, bez izuzetka, pridružile EU na bazi nacionalnih ustava, ili na bazi opštih odredaba koje dozvoljavaju stupanje u međunarodne obaveze, ili na bazi specifičnih odredaba donetih da bi se pripremio nacionalni pravni poredak za članstvo u EU. Bilo koji dalji prenos ovlašćenja na EU ili mogući sukobi između prava EU i nacionalnog prava, zahtevaju da nacionalne vlasti ozbiljno uzmu u obzir uslove iz nacionalnih ustava koji su postavljeni za njihove aktivnosti. Sve navedeno zahteva da se osvrnemo i na nacionalne, tj. nemačke ustavne osnove za evropsku integraciju.

⁴⁹ Član 4.2 UEU. Posebno se ističe da nacionalna bezbednost ostaje u isključivoj nadležnosti država članica.

⁵⁰ Član 53 Povelje. 2000/C 364/01, The Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2010/C 83/0, *Official Journal of the European Communities* C 83, 30.3.2010.

⁵¹ *National Constitutional Law and European Integration*, Stefan Griller, et al., op. cit., pp. 11-12.

5. Otvorenost nemačkog Ustava za pravo EU

Jedna od bitnih osobina nemačkog Ustava, tzv. Osnovnog zakona (nem. *Grundgesetz*, u daljem tekstu OZ), jeste njegova otvorenost prema pravu EU i međunarodnom pravu.⁵² „Ustavna opredeljenost za otvorenu državnost” odlikava se u nizu odredaba Osnovnog zakona, najpre u njegovoj preambuli, prema kojoj je, u vršenju svoje nadležnosti ustavotvorne vlasti, nemački narod bio „inspirisan određenjem da unapredi svetski mir kao jednak partner u ujedinjenoj Evropi.”⁵³ Specijalna ustavna baza za nemačko učešće u integraciji EU je član 23. OZ, koji je unet u OZ 1992. godine, i prema kojem će Nemačka učestvovati u razvoju EU „koji je posvećen demokratskom, socijalnom i federalnom principu, vladavini prava, i principu supsidijarnosti, i koji garantuje onaj nivo zaštite osnovnih prava koji je suštinski uporediv sa onim pravima koja su dodeljena Osnovnim zakonom. U tom cilju, federacija može preneti suverene nadležnosti putem zakona sa saglasnošću Bundesrata”.

U obavezi poštovanja navedenih principa razvoja EU sadržana su, kao što ćemo videti, i osnovna ograničenja evropske integracije. Ovlašćenje federaciji da „prenese suverena ovlašćenja” na međunarodne organizacije daje član 24.1. OZ. Drugom odredbom istog člana (24.2.) odobrava se federaciji stupanje u sisteme uzajamne

⁵² *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Vom 23.05.1949 (BGBl. I S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.07.2012 (BGBl. I S. 1478) m.W.v. 17.07.2012; Internet: <http://dejure.org/gesetze/GG> (Juristischer Informationsdienst dejure.org), 1/9/2012.

⁵³ Komparativnu otvorenost Nemačke za pravo EU i međunarodno pravo, treba posmatrati u svetlu iskustva Drugog svetskog rata, otvaranje ustavnog poretka nakon 1945. kao sredstvo reintegracije Nemačke u međunarodni poredak. takođe i direktan odgovor na odredbu francuskog ustava koja prihvata ograničenja nacionalnog suvereniteta na bazi reciprociteta, i u ovom posebnom kontekstu, kao “napredak u izvršenju”, pošto član 24. OZ dozvoljava i prenos suverenih prava na bazi koja nije recipročna. članovi 23. i 24. se takođe smatraju specifičnim evropskim načinom poveravanja pozivima Povelje za saradnju u rešavanju međunarodnih problema ekonomskog, socijalnog, kulturnog, ili humanitarnog karaktera. *National Constitutional Law and European Integration*, Stefan Griller, et al., op. cit., pp. 46, 12.

kolektivne bezbednosti, i pri tome se prihvata ograničenje nacionalnog suvereniteta. Odredba istog člana 24.3. kaže i to da federacija treba da pristine na ugovore koji obezbeđuju opštu, obuhvatnu i obaveznu međunarodnu arbitražu. Član 25 propisuje da opšta pravila međunarodnog prava treba da budu sastavni deo saveznog prava, da ona imaju prednost nad zakonima i da direktno stvaraju prava i dužnosti za stanovnike federalne teritorije. Član 26 stavlja van zakona sve postupke koji narušavaju miroljubive odnose između država. Prema članu 59.2. ugovori koji regulišu političke odnose federacije ili se odnose na subjekte saveznog zakonodavstva, zahtevaju saglasnost ili učešće, u formi saveznog zakona, organa koji su odgovorni u takvom slučaju za donošenje saveznog zakona”.

Članovi 23. i 24. kao i niz drugih odredaba OZ, predstavljaju osnov za integraciju Nemačke u EU, ali istovremeno postavljaju i prepreke za nju. Eksplicitne ustavne prepreke za (dalje) evropske integracije postavljene su već u članu 23. i to su već navedeni principi: demokratski, socijalni, federalni, supsidijarnost, vladavina prava i zaštita osnovnih prava. Ove principe moraju poštovati nemački organi u njihovim odlukama o prenosu ovlašćenja na nivo EU, zatim pri učešću u zakonodavstvu EU, kao i u implementaciji prava EU. Ovi principi, međutim ne zahtevaju „strukturalno podudaranje“ u tom smislu da im se EU mora povinovati u njihovoj specifičnoj „nemačkoj“ verziji, već oni preuzimaju „evropsko“ značenje u smislu utvrđivanja standarda koji su proporcijalni statusu i funkcijama EU.⁵⁴ Važan izuzetak u tom kontekstu je zaštita osnovnih prava, u pogledu koje član 23. poziva da se u EU ostvari onaj njihov nivo koji je „suštinski uporediv sa onim koji pruža Osnovni zakon“.

Jednu vrstu prepreka za evropsku integraciju predstavlja povezano čitanje člana 23 sa članom 79.3. OZ koji sadrži tzv. klauzulu o večnosti, i prema kojem menjanje OZ ne sme da utiče na principe iz člana 1 OZ (ljudsko dostojanstvo, nepovrediva i neotuđiva ljudska prava), kao i na principe iz člana 20 OZ (principi

⁵⁴ *National Constitutional Law and European Integration*, Stefan Griller, et al., op. cit., p. 13.

demokratije, socijalne države, savezne države, vladavine prava). Ovi suštinski principi uzeti zajedno čine tzv. nemački „ustavni identitet“, koji je čak izvan domašaja i same nemačke zakonodavne vlasti, kako će pojasniti nemački SUS u predmetima koji su pred nama. Dalje prepreke za (dalje) integracije nemačke u EU proizlaze iz zahteva za strogim tumačenjem klauzule o nadležnosti i instrukcija nemačkim predstavnicima u organima EU od strane nemačkih organa zakonodavne vlasti.

Da bi se razumela nemačka ustavna ograničenja važno je razlikovanje dva tipa ustavnih ograničenja koje se zasnivaju na ljudskim pravima, odnosno na nadležnostima.⁵⁵ Ova ograničenja su prvobitno razvijana sudskom praksom SUS, ali su kasnije uneta u član 23. OZ. Prema prvom tipu ograničenja, ustavne žalbe i podnesci sudova, kojima se na bazi koncepcije ljudskih prava u SR Nemačkoj osporava sekundarno pravo EU, nedopustivi su — ukoliko za osnov nemaju samu evoluciju evropskog prava koja je dovela do toga da osnovna prava zaštićena nemačkim OZ padnu ispod nužnih standarda. Nizom presuda o kojima će nadalje biti reči, SUS je stao na stanovište da on i dalje polaže pravo na tu rezervnu nadležnost, ali se, ipak, prepreke za njeno aktiviranje generalno smatraju nesavladivim.⁵⁶ Ograničenja koja se odnose na nadležnosti se izvode iz zahteva da nadležnosti koje se prenose na EU i program evropske integracije moraju biti predvidivi. U vezi sa navedenim ograničenjima, razvila se živa akademska rasprava o tome ko je konačni sudija o ustavnosti u EU — ESP ili nacionalni sudovi.

6. Nemačka *ultra vires* kontrola postupaka EU

Koncepcija *ultra vires* kontrole postupaka i radnji institucija EU od strane nemačkog SUS razvijana je u nizu presuda u predmetima *Solange* (I, II, III; nem. *solange* — sve dok, ukoliko) iz 70-ih godina XX

⁵⁵ Ibidem, pp. 14-15.

⁵⁶ Ibidem.

veka, preko presuda o ustavnosti nacionalne ratifikacije ugovorne revizije (presude o ustavnosti Ugovora iz *Mastrihta* i Ugovora iz *Lisabona*), do posebne grupe slučajeva koji se bave preispitivanjem *ultra vires* akata ESP u kontekstu evropske zabrane diskriminacije u oblastima koje reguliše nemačko radno pravo. Kroz navedene presude SUS je razvijao mogućnosti *ultra vires* kontrole, i izražavao razliku između koncepta osnovnih prava na komunitarnom nivou i onog na nacionalnom nivou. Ta razlika i dalje postoji, tj. dve pomenute koncepcije ljudskih prava suštinski su uporedive. Ta „antagonistička“ pozicija dva suda — SUS i ESP, u principu podrazumeva pitanje koji sud donosi konačnu presudu (u zaštiti ljudskih prava). SUS se retko kada direktno sukobljavao sa ESP, ali je i tako uspevao da donekle kanališe „sudski aktivizam“ evropskog suda.⁵⁷

U početku je SUS ostavljao otvorenim pitanje da li komunitarno pravo može da se preispituje na osnovu odredaba Osnovnog zakona Nemačke, a afirmativni odgovor je dao u prvoj presudi *Solange* iz 1974. godine.⁵⁸ SUS je tada zaključio da će pristupiti kontroli ustavnosti komunitarnog prava *ukoliko* se njime ne garantuje zaštita ljudskih prava ekvivalentna onoj koju pruža nemački Ustav, tj. da će nemački sudovi primenjivati pravo Evropske zajednice (EZ) samo *ukoliko* provere kompatibilnost prava EZ (primenu koja se traži u Nemačkoj) na osnovu Osnovnog zakona. Sa presudom *Solange II*, SUS je 12 godina kasnije (1986) suspendovao tu nadležnost nadzora u pogledu sudske prakse ESP u pitanjima fundamentalnih prava.⁵⁹ Tada je, zapravo, ublažio raniji stav navodeći da će se uzdržati od vršenja nadležnosti kontrole kompatibilnosti sekundarnog komunitarnog prava sa osnovnim

⁵⁷ 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”, *EUI Working Paper*, European University Institute, Florence, 2009/19.

⁵⁸ Bundesverfassungsgericht, *Beschluß des Zweiten Senats vom 29. Mai 1974*, 37 BVerfGE 271, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>, 21/12/2008.

⁵⁹ Bundesverfassungsgericht, *Beschluß des Zweiten Senats vom 22. Oktober 1986*, 73 BVerfGE 339.

pravima koja su priznata Osnovnim zakonom, *sve dok* Evropske zajednice, a posebno praksa ESP na ekvivalentan način ne garantuju efikasnu zaštitu osnovnih prava od prerogativa javnih vlasti, koja je uporediva sa zaštitom koju pruža nemački Osnovni zakon.

Dalje je SUS opet razvijao, najpre u konturama a kasnije i sve jasnije, ideju dopunske kontrole poštovanja granica nadležnosti organa EU. Time se bavi presuda SUS o ustavnosti ratifikacije Ugovora iz Mاستrihta iz 1993. godine, koja predstavlja i dalje približavanje nemačke koncepcije osnovnih prava sa pravom EZ u pogledu zaštite ljudskih prava.⁶⁰ SUS je tada podvukao „da sa ESP deli misiju efektivne zaštite fundamentalnih prava Nemaca“, i da su osnovna prava koja garantuje i primenjuje EZ suštinski slična zaštiti osnovnih prava u OZ. Ipak, kontrola prava EZ od strane SUS može da se primenjuje samo ako nemački sud (po)tvrđi da je evolucija evropskog prava, uključujući presude ESP, ispod nivoa zahteva standarda osnovnih prava prema Osnovnom zakonu.

U presudi za Mاستriht SUS se, dakle, opet postavio u poziciju „vratara“ u pogledu jurisdikcije, koji će odlučivati od slučaja do slučaja o (ne)postojanju *ultra vires* akata EU. To obećanje iz presude za Mاستriht, SUS je opet propustio da primeni u prvom predmetu koji mu je za to pružio priliku 2000. godine, odnosno u tzv. trećoj *Solange III* presudi.⁶¹ Tada je SUS još jednom precizirao uslove pod kojima može biti prihvaćena tužba protiv sekundarnog komunitarnog prava (bilo prilikom individualne ustavne žalbe, bilo postavljanjem pitanja od strane nekog suda), i nedvosmisleno potvrdio „kooperativnu i podjednaku prirodu“ dva organa sudske vlasti (SUS i ESP). Umesto da u praksi razvija mehanizme kontrole,

⁶⁰ Bundesverfassungsgericht, *Urteil des Zweiten Senats vom 12. Oktober 1993 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. und 2. Juli 1993*, 89 BVerfGE 155.

⁶¹ To je kolokvijalno treća *Solange* presuda, a zapravo se radi o tzv. predmetu *Banana* gde su spor razvio oko kvota za uvoz u EU banana iz trećih zemalja, i pitanja o ustavnosti primene na nemačke transakcije regulative EZ koje se odnose na uvoz i prodaju banana. Bundesverfassungsgericht, *Beschluß des Zweiten Senats vom 7. Juni 2000*, 147 VerfGE 102.

iz presude o Ugovoru iz Maastrichta, sa presudom *Solange III* SUS se, praktično, ponovo vratio na *status quo* iz presude *Solange II*.

Sa presudom o ustavnosti ratifikacije *Lisabonskog ugovora* u Nemačkoj (2009), SUS je opet podigao prašinu.⁶² Ova presuda sa eksplicitnom razradom ideje *ultra vires* kontrole, preuzima iskaz o „pravnim instrumentima koji prekoračuju granice“ iz Maastricht presude, ali ipak odstupa od nje. Lisabonska presuda i jezički i dogmatski sledi međunarodno pravo preuzimajući klasičan koncept javne vlasti koja deluje bez nadležnosti.⁶³ SUS sada, dakle, nastavlja rezonovanje na bazi principa prenosa kojim se podseća na to da su međunarodne organizacije sekundarnog, izvedenog pravnog i političkog statusa. Pored toga, presudom o Lisabonskom ugovoru SUS je zauzeo stav o apsolutnoj nepromenljivosti nekih delova Osnovnog zakona u pogledu prava EU, odnosno tzv. ustavnog identiteta, i obrazložio svoje pravo da vrši kontrolu nad njim (tzv. kontrola identiteta, *Identitätskontrolle*). I *ultra vires* kontrola, kao i kontrola identiteta, mogu da dovedu do proglašenja komunitarnog zakona neprimenjivim u SR Nemačkoj.⁶⁴

Mada je sa Lisabonskom presudom SUS potvrdio da je preispitivanje akata organa EU rezervisano za slučajeve „očiglednog prekoračenja“, signal koji je tada uputio mnogi su tumačili kao jasnu želju da igra aktivniju ulogu u evropskim pravnim odnosima, a postojale su i najave „sudskog rata“ i nastanak nepredvidivih problema za pravni poredak EU.⁶⁵ Ipak, presuda za Lisabon

⁶² Bundesverfassungsgericht, *Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. und 11. Februar 2009*, 123 BVerfGE 267.

⁶³ Više u: Frank Schorkopf, “The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon”, *German Law Journal*, Special Issue: The Federal Constitutional Court’s *Lisbon Case*, Volume 10, 2009, pp. 1238-40.

⁶⁴ BVerfG, 2 BvE 2/08, paras 240-243.

⁶⁵ Videti različite reakcije u: *German Law Journal*, Special Issue: The Federal Constitutional Court’s *Lisbon Case*, Volume 10, october 2009. Internet: <http://www.germanlawjournal.com>.

odsljikava dobro poznatu formulu da SUS neće preispitivati kompatibilnost evropskog sekundarnog zakonodavstva sa nemačkim osnovnim pravilima *sve dok* na evropskom nivou postoji zaštita osnovnih prava koja je uporediva sa onom iz nemačkog OZ. Prema Lisabonskoj presudi, može se preispitivati saglasnost evropskog pravnog akta sa nemačkim Ustavom samo u pogledu „očiglednih“ prekoračenja granica nadležnosti.

U tom kontekstu, prva sledeća prilika u kojoj je nemački SUS preispitivao postojanje *ultra vires* akta ESP, bio je predmet *Mangold/Honeywell* (jun 2010), koji je trebalo da pokaže da li će SUS omekšati projekat nacionalne ustavne kontrole ili će mu dati novi kredibilitet u praksi. Iz perspektive usvojene presude SUS u tom predmetu (jun 2010), kao i presude ESP u predmetu *Kučukdeveči* (februar 2010) — kojom je ESP potvrdio Mangold presudu, čini se da je Lisabonska presuda bila prazna pretnja. U ovim prilikama, nemački SUS je potvrdio da će kontrolisati EU institucije, tj. to da li one ostaju unutar nadležnosti koje su im poverene, ali je uslove koji treba da se ispune da bi neki akt bio proglašen *ultra vires* aktom toliko striktno definisao da je malo verovatno da će slični slučajevi uopšte biti uspešno postavljeni pred SUS. To je verovatno dobra vest za evropske integracije ali će, bez sumnje, izazvati i dalje kritike zbog doktrinarne nedoslednosti i eventualne pravne nesigurnosti u praksi.

II

PRVENSTVO PRAVA EU I USTAVNA *ULTRA* *VIRES* KONTROLA EU U NEMAČKOJ

II

PRVENSTVO PRAVA EU I USTAVNA *ULTRA VIRES* KONTROLA EU U NEMAČKOJ

Presudom nemačkog Saveznog ustavnog suda u predmetu „Lisabon” od 30. juna 2009. godine, potvrđena je kompatibilnost Ugovora iz Lisabona sa nemačkim Ustavom, tj. Osnovnim zakonom, ali je SUS istovremeno iscrtao neke važne granice za evropsku integraciju. Ovlašćenje za učestvovanje u evropskim integracijama primenjuje se, prema SUS, samo unutar granica neotuđivog „ustavnog identiteta“ koji je izražen u nemačkom Osnovnom zakonu. SUS je precizirao „identitet ustava” navođenjem i objašnjenjem njegovih suštinskih principa (kao što je demokratija) koji, po svom fundamentalnom kvalitetu, nisu podložni bilo kakvim promenama. Identitet Ustava je osnova za novu proceduru „kontrole identiteta“, pored koje SUS dalje elaborira i drugi vid kontrole eventualnih prekoračenja nadležnosti institucija EU — tzv. *ultra vires* kontrolu.⁶⁶

1. SLUČAJ „LISABON“ PRED NEMAČKIM SAVEZNYM USTAVNYM SUDOM

Posle niza ratifikacija od kojih su neke i ponovljene, Lisabonski ugovor je stupio na snagu krajem 2009. godine. On je zamenio Ugovor o Ustavu EU koji nije uspeo da prođe ratifikaciju u svim

⁶⁶ Ovaj odeljak knjige predstavlja nešto izmenjenu verziju sledećeg teksta: Žaklina Novčić i 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 i Brano Miljuš (urs), IMPP, 2009, str. 155-185.

državama članicama. Lisabonski ugovor uglavnom usvaja sadržaj „Ustava Evrope“, mada postoje i bitne razlike. U svakom slučaju, on donosi dalekosežnu reformu Evropske unije koja po značaju podseća na Ugovor iz Mاستrihta zbog fundamentalnih promena postojećeg sistema ugovora koje uvodi.

Poslednje faze procesa ratifikacije Lisabonskog ugovora ostale su u senci ponavljanja referenduma u Irskoj, mada je taj proces i u drugim državama EU nailazio na probleme. U Nemačkoj je tokom 2008. godine Lisabonski ugovor bio ratifikovan ubedljivom većinom u predstavništvu naroda Bundestagu i predstavništvu pokrajina Bundesratu, a potpisao ga je i savezni predsednik,⁶⁷ ali je usledilo podnošenje niza ustavnih žalbi (među kojima i od strane 50 članova Bundestaga) pred Saveznim ustavnim sudom, što će do jeseni 2009. godine zaustaviti proces ratifikacije. Javna rasprava o usklađenosti Lisabonskog ugovora sa ustavom Nemačke, tzv. Osnovnim zakonom, pred nemačkim SUS održana je u februaru 2009. godine, a konačnu presudu Sud je objavio krajem juna 2009. godine.⁶⁸

Nemački Savezni ustavni sud izjasnio se o saglasnosti Lisabonskog ugovora sa Ustavom Nemačke, ali je naložio pravnu elaboraciju pratećeg zakona kako bi se ojačala prava participacije nacionalnog parlamenta u evropskim poslovima.⁶⁹ Na osnovu presude, instrument o ratifikaciji Lisabonskog ugovora nije mogao da bude deponovan sve do jeseni, kada su na vanrednim zasedanjima uoči saveznih izbora

⁶⁷ Ratifikacija je započela usvajanjem Zakon o potvrđivanju Lisabonskog ugovora 24. aprila u Bundestagu, a Bundesrat ga je usvojio 23. maja 2008. Savezni predsednik je potpisao taj zakon 8. oktobra. Istovremeno su usvajani i prateći zakoni: Zakon kojim se menja Osnovni zakon i Zakon o širenju i jačanju prava Bundestaga i Bundesrata u poslovima Evropske unije.

⁶⁸ Urteil vom 30. Juni 2009, [BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421)], Internet, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, 8/8/2010.

⁶⁹ Sud je potvrdio ustavnost Zakona o potvrđivanju Lisabonskog ugovora (*Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon*), kao i Zakona kojim se menja Osnovni zakon (*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*), a naložio je promenu i razradu Zakona o širenju i jačanju prava Bundestaga i Bundesrata u poslovima Evropske unije (*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*).

za novi saziv, Bundestag i Bundesrat usvojili navedene zakonske promene.⁷⁰ Time je bila otklonjena poslednja prepreka za ratifikaciju Lisabonskog ugovora u Nemačkoj, za koju je tadašnji premijer Luksemburga Žan-Klod Junker (*Jean Claude Juncker*) rekao da predstavlja čak ozbiljniju pretnju po integraciju od irskog referenduma.⁷¹ Time nisu, međutim, bile eliminisane sve nedoumice koje se tiču predmeta i karaktera lisabonske ugovorne reforme EU, i uopšte pitanja prirode, karaktera i budućnosti same evropske integracije. Ta pitanja raspravljao je i nemački SUS, a njegova opširna i kontroverzna pravna elaboracija izazvala je prilično interesovanje. Jedan od pravnih zastupnika u ovom procesu, profesor Kristijan Tomušat (*Christian Tomuschat*), napisao je da će ovu presudu nemačkog SUS generacije političara i pravnika „čitati i iščitavati (...) skoro na dnevnoj bazi tokom godina koje dolaze“.⁷²

U najkraćem, žalbeni navodi koje je preispitivao nemački SUS ukazuju na demokratski deficit u izboru i odlučivanju evropskih institucija, posebno na narušavanje principa demokratije, kao i na nedopustivo narušavanje suvereniteta Nemačke u okviru nove lisabonske konstrukcije Evrope. Obrazlažući svoju odluku o ustavnosti Lisabonskog ugovora i o potrebi da se izmeni prateće zakonodavstvo u cilju jačanja prava učešća nemačkog parlamenta u evropskim poslovima, SUS je izneo sopstveno viđenje prirode evropske integracije, osvrnuo se na većinu spornih institucionalnih i proceduralnih pitanja, i to uradio na način koji je neke posmatrača naveo da ocene da verovatno nema presude u istoriji suda iz Karlsruha (*Karlsruhe*) u kojoj je argumentacija toliko suprotna stvarnom ishodu. Sud je, naime, odobrio najdalekosežniju reformu

⁷⁰ Bundestag je zasedao 26. avgusta i 8. septembra, a Bundesrat 18. septembra 2009. Savezni izbori su održani 27. septembra 2009.

⁷¹ “German parties remove hurdle for EU treaty ratification”, *Deutsche Welle*, 19.08.2009, Internet, <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,4581888,00.html,20/8/2009>.

⁷² Christian Tomuschat, “The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon”, *German Law Journal*, Special Issue: The Federal Constitutional Court’s *Lisbon Case*, 2009, Vol. 10, No. 08, p. 1259.

evropskih ugovornih osnova od Maastrichta na ovamo, a da pri tome, kako se smatra, nije ponudio nijedan ozbiljan argument za zaključak koji je postigao.⁷³

SUS je odobrio Lisabonski ugovor, ali presudom odzvanjaju kritičke ocene o karakteru i ograničenjima evropske integracije, koje idu dotle da se ova presuda naziva i „manifestom evroskepticizma“. Bez obzira na glavnu protivrečnost presude SUS, to što najpre kritikovao, a potom *in ultima analysis* odobrio Lisabonski sporazum, što može lako da se objasni i političkim oportunitetom, vrednost ove presude je u tome što na prilično jasan način elaborira sporna mesta u evropskoj institucionalnoj konstrukciji i daje odgovarajuću konkretizaciju koncepta demokratije i suvereniteta u kontekstu evropske integracije pod uslovima Lisabonskog ugovora. Uz to, SUS je elaborirao i neke nove koncepte i procedure, među kojima se ističe obrazloženje „ustavnog identiteta“ kao limita evropske integracije i sa njim povezana ustavna kontrola akata evropskih institucija — tzv. kontrola identiteta, kao i druge procedure kontrole akata EU kojima se prekoračuju nadležnosti, tj. *ultra vires* akata.

2. STRUKTURA PRESUDE I OSNOVNE OCENE

Presuda nemačkog SUS o Lisabonskom ugovoru je opširna, sastoji se od 421 paragrafa veoma „zgnusnutog“ sadržaja, koji bi se mogao podeliti u sledeće tematske celine: uvodni deo koji sadrži kratku istoriju evropske integracije i izlaganje osnovnih promena u institucijama i procedurama prema Lisabonskom ugovoru (paragrafi 1-98); iznošenje žalbenih navoda (paragrafi 99-134); zatim se prenosi mišljenje nemačkih oragana vlasti (Bundestaga, Bundesrata, Savezne vlade) iznetih u ovom procesu (paragrafi 135-166); potom se ukratko navodi koje od podnetih ustavnih žalbi i

⁷³ Christoph Schönberger, “*Lisbon in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones At Sea*“, *German Law Journal*, Special Issue: The Federal Constitutional Court’s *Lisbon Case*”, 2009, Vol. 10, No. 08, p. 1201.

peticija (nem. *Organstreits*)⁷⁴ jesu osnovane, koje od njih su neosnovane i koje nedopuštene (paragrafi 167-206); u ključnom doktrinarnom delu presude izlažu se standardi procene ustavnosti (paragrafi 207-273) i, najzad konkretno i pojedinačno se presipituje koliko su ti standardi ispunjeni u Lisabonskom ugovoru (paragrafi 273 i dalje).

2.1. Navodi ustavnih žalbi

Žalbeni navodi (paragrafi 99-134) bi se, uslovno govoreći, mogli razvrstati na sledeće grupe:

— *Manjak demokratije u EU*, odn. deficit demokratske procedure pri izboru i odlučivanju evropskih institucija, što se posebno odnosi na nepoštovanje principa demokratske jednakosti pri izboru članova Evropskog parlamenta (EP); s tim u vezi, ističe se nesrazmerno veliki broj glasova država sa malim brojem stanovnika u poređenju sa veoma naseljenim državama (što je posebno osetljivo pitanje za Nemačku); pored toga, u EP nisu zastupljeni predstavnici nacionalne opozicije; takav EP ne može da prenese dovoljno demokratskog legitimiteta Evropskoj komisiji; EP nema sredstva za suzbijanje monopola Komisije u pogledu zakonskih inicijativa, a odluke od suštinskog značaja mogu se donositi i bez njegovog pristanka; u Savetu EU samo donekle su zastupljeni nacionalni interesi jer on nije predstavničko telo; zbog svega toga, formiranje narodnog mišljenja veoma je filtrirano i ograničeno; itd.

— *Gubitak državnosti SR Nemačke*: EU je prekoračila granicu prenetih suverenih ovlašćenja; Unija postaje subjekt međunarodnog prava i nastupa kao država; nastaje spoljnopolitička mašinerija sa dalekosežnim nadležnostima i kvazidržavnom prirodom; EU ima državnu teritoriju (prostor bezbednosti, slobode i pravde) kao i evropski narod; EP više ne čine predstavnici država

⁷⁴ *Organstreits* su vrsta pravnih sporava o sukobima između državnih organa u vezi sa pravima i obavezama koje proizlaze iz njihovih ustavnopravnih statusa.

članica, nego građani Unije; EU faktički nije više zajednica suverenih nacionalnih država (nem. *Staatenverbund*) zasnovana na međunarodnom sporazumu, nego federacija sa pravnim subjektivitetom, sa sopstvenim zakonodavnim organima, vlastima i građanstvom; pravo EU ima prvenstvo nad pravom država članica, što isključuje mogućnost ocene ustavnosti akata EU od strane nemačkog SUS; itd.

— *Nadležnosti nemačkog parlamenta* dalje su smanjene u važnim oblastima: krivičnog materijalnog i procesnog prava, unutrašnje bezbednosti i krivičnog gonjenja, odlučivanja o raspoređivanju nemačkih oružanih snaga u inostranstvu; oblikovanja socijalne politike (zakonodavstvo i sudska praksa EU promovisanjem konkurencije dovode u pitanje princip socijalne države); itd.

— Sve u svemu, EU više nije ekonomska zajednica, nego je preuzela i zadatke iz *politički* relevantnih oblasti, dok preostale „*rupe u nadležnosti*“ može i sama da zatvori; konkretno, procedura saodlučivanja, koja je Lisabonskim ugovorom preimenovana u redovnu zakonodavnu proceduru, samo je na prvi pogled pravilo jer su predviđeni brojni izuzeci; zatim, prelaz sa jednoglasnog na većinsko odlučivanje u Savetu u nizu novih oblasti otvara mogućnost preglasavanja; pored svega, preširoko je definisano polje materijalne primene klauzule fleksibilnosti što dovodi do nedopustive neograničene nadležnosti za proširenje sopstvene nadležnosti (*Kompetenz-Kompetenz*); istu mogućnost otvaraju i pojednostavljena procedura revizije ugovora i nova procedura „premoščavanja“, a specijalna procedura ugovorne revizije može da se sprovede i bez odobrenja Bundestaga; itd.

2.2. Glavne ocene iz presude

U osporavanju ili odbacivanju većine navedenih žalbenih navoda, presuda polazi od veze između sistema demokratije koji postoji na nivou nemačke federacije i koji je propisan Osnovnim zakonom, sa jedne strane, i nezavisnosti vlasti na evropskom nivou,

sa druge. U središtu preispitivanja ustavnosti Lisabonskog ugovora nalazi se strukturalni problem demokratskog deficita EU. Ukratko, taj problem SUS obrazlaže sledećom linijom argumentacije:⁷⁵

— Sa jedne strane, obim slobode akcije Unije povećava se stalno i znatno, i to ne samo sada sa Lisabonskim ugovorom, dotle da u nekim oblastima politike Evropska unija liči na saveznu državu tj. federaciju (nem. *Bundesstaat*). Sa druge strane, međutim, unutrašnje procedure donošenja odluka i imenovanja i dalje se pretežno odvijaju prema obrascu međunarodne organizacije, to jest odgovaraju međunarodnom pravu, pa je struktura EU i dalje suštinski izgrađena na principu jednakosti država. Shodno tome, kako dalje tvrdi SUS, sve dok jedinstveni evropski narod, kao subjekt legitimacije, ne bude mogao da izrazi svoju većinsku volju na politički uspešan način koji dovoljno odražava pravo na jednakost u kontekstu stvaranja evropske federacije, narodi koji su konstitutivni u državama članicama ostaju odlučujući nosioci javne vlasti, uključujući i vlast Unije.

— EU je i dalje zajednica suverenih nacionalnih država (nem. *Staatenverbund*). Nemački SUS je ovaj pojam uveo još 1993. u presudi o Ugovoru iz Mastrihta, a ovom prilikom ga dalje razrađuje. Pod pojmom „zajednice” (nem. *Verbund*, eng. *association*),⁷⁶ SUS podrazumeva „uniju suverena“ (nem. *Herrschaftsverband*, eng. *union of rule*), odnosno „blisku dugoročnu zajednicu država koje ostaju suverene, zajednicu koja vrši javnu vlast na bazi ugovora, čiji fundamentalni poredak, međutim, ostaje na raspolaganju samih država članica, u kojoj narodi država članica — građani država članica, ostaju subjekti demokratske legitimacije“.⁷⁷

⁷⁵ Rezimirano prema: Federal Constitutional Court - Press office - Press release no. 72/2009 of 30 June 2009, Internet, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg09-072en.html>, 8/8/2009.

⁷⁶ Pojam *Staatenverbund* ne treba mešati sa druga dva slična termina: *Bundesstaat* – savezna država, federacija; i *Staatenbund* – savez država, konfederacija. Nemački SUS koristi u presudi i termin *Herrschaftsverband*, što doslovno znači zajednica suverenih, vladara, vlasti, upravljanja, uprava, isl.

⁷⁷ BVerfG, 2 BvE 2/08, par. 229.

— Dalji razvoj nadležnosti Evropskog parlamenta može da smanji, ali ne može potpuno da ispuni jaz koji postoji između obima moći donošenja odluka u rukama institucija EU i demokratske moći akcije građana u državama članicama. Ni u pogledu svog sastava, niti u pogledu mesta u evropskoj strukturi nadležnosti, Evropski parlament nije dovoljno opremljen da bi preduzmao glavne odluke o političkom smeru Unije. Prema zahtevima koji su postavljeni za demokratiju unutar države, izbori za Evropski parlament ne uzimaju dovoljno u obzir jednakost, te stoga EP ne može da bude oslonac parlamentarnoj vladi, niti da se organizuje u vidu stranačke politike u sistemu vlade i opozicije na takav način da odluke o političkom smeru koje donose evropski birači imaju odlučujući politički uticaj. Zbog tog strukturalnog demokratskog deficita koji ne može biti rešen unutar zajednice suverenih nacionalnih država, dalji koraci integracije koji idu izvan *statusa quo* ne mogu da potkopaju političku moć delovanja država, niti da naruše princip prenosa nadležnosti.

— U Nemačkoj, pristupanje evropskoj federaciji zahteva donošenje novog ustava, koji bi odgovarao deklarisanom odricanju od suverene državnosti (nem. *souveräne Staatlichkeit*) koju obezbeđuje OZ. Prema Sudu, takvog akta za sad nema. EU nastavlja da bude zajednica suverenih država (nem. *Herrschaftsverband*) zasnovana na međunarodnom pravu, zajednica koju kontinuirano svojom ugovornom voljom podržavaju suverene države članice. Prvenstvena odgovornost za integraciju nalazi se u rukama državnih ustavnih organa koji deluju u ime naroda. Kako se budu dalje povećavale nadležnosti i nezavisnost institucija Unije, biće nužne garancije zaštite fundamentalnog *principa prenosa nadležnosti* koji se sprovodi na restriktivan i kontrolisan način od strane država članica.

— Narodi država članica su, dakle, nosioci ustavotvorne moći, kako u svojim državama tako i u okviru EU koja je sekundarni, izvedeni pravni poredak. SUS naglašava da OZ ne daje posebnim organima zakonodavne, izvršne i sudske vlasti moć raspolaganja osnovnim elementima Osnovnog zakona, tj. ustavnim identitetom. „Ustavni identitet“ je neotuđiv element demokratskog samoopre-

deljenja naroda. U cilju poštovanja biračkog prava i očuvanja demokratskog samoopredeljenja naroda, SUS mora da nadgleda, u okviru svojih nadležnosti, da vlast Unije svojim suverenim aktima ne povredi ustavni identitet i da ne učini očigledna prekoračenja nadležnosti koja joj je dodeljena. Zbog toga, prenos nadležnosti koje su Lisabonskim ugovorom još jednom povećane, i nezavisnost postupaka donošenja odluka, zahtevaju efikasnu *ultra vires* kontrolu (nadzor prekoračenja nadležnosti, nem. *Ultra-vires-kontrolle*) i kontrolu identiteta (nem. *Identitätskontrolle*). „Ustavni identitet“ se posebno odnosi na očuvanje onih oblasti delovanja koje su suštinske za razvoj demokratski formiranog mišljenja (nem. *Willensbildung*). Te posebno osetljive oblasti obuhvataju: krivično pravo, civilni i vojni monopol na upotrebu sile, fundamentalne fiskalne odluke o javnim prihodima i rashodima, odluke o oblikovanju uslova života u socijalnoj državi, odluke koje posebno zavise od prethodnog razumevanja kulture, istorije i jezika (porodično pravo, obrazovanje, mediji, verske zajednice, i sl).

— U pogledu „dinamičnih“ procedura odlučivanja i revizije ugovora koje su uvedene ili ojačane Lisabonskim ugovorom, SUS ocenjuje da, ukoliko države članice razrađuju pravo postavljeno u ugovorima o EU na takav način da je revizija ugovora moguća i bez procedure ratifikacije (pritom štiteći primenu principa prenosa), potrebna je *posebna odgovornost zakonodavnih tela* (pored Savezne vlade) i usvajanje posebnog zakona; taj zakon nije potreban ukoliko su specijalne dinamične klauzule ograničene na oblasti koje su Lisabonskim ugovorom već dovoljno određene. Ovim je u Nemačkoj praktično ukinuta delimično povećana fleksibilnost ugovorne revize potvrđena Lisabonskim ugovorom, tj. mogućnost prećutnog davanja saglasnosti na nju od strane nacionalnih parlamenata.

3. STANDARDI PRESUĐIVANJA I ARGUMENTACIJA

U svrhu dalje analize presude nemačkog SUS, njen sadržaj se može podeliti na nekoliko tematskih celina koje se odnose na: standard izborne demokratije, manjak demokratije u evropskoj javnoj vlasti, suverenitet države i otvorenost za integraciju, princip prenosa nadležnosti i dinamične procedure, identitet ustava i program integracije, posebno osetljive oblasti države, i *ultra vires* kontrolu i kontrolu identiteta ustava.

3.1. Standard izborne demokratije

U osnovi standarda procene ustavnosti Lisabonskog ugovora, nemački SUS postavlja slobodno i jednako pravo glasa garantovano ustavom Nemačke.⁷⁸ Povreda tog prava, kao prava ekvivalentnog fundamentalnom pravu, može se osporavati ustavnim žalbom. Slobodno i jednako pravo glasa je osnova demokratske vladavine. To pravo je nepromenljivi princip nemačkog Ustava pošto su, prema SUS, princip demokratske vladavine i ljudsko dostojanstvo, kao osnovni element tog principa, posebno zaštićeni tzv. garancijom večnosti (nem. *Ewigkeitsgarantie*).⁷⁹ SUS povezuje ovo pravo sa odgovornom parlamentarnom vladavinom, sa principom većinskog upravljanja i sa postojanjem parlamentarne opozicije.

⁷⁸ Član 38.1. OZ propisuje da se članovi Bundestaga biraju opštim, direktnim, jednakim i tajnim glasanjem, da oni predstavljaju ceo narod, da nisu obavezani instrukcijama ili zapovestima i da su odgovorni samo svojoj savesti.

⁷⁹ Član 79.3. OZ propisuje da se promene ustava koje utiču na podelu federacije u pokrajine, učešće pokrajina u zakonodavstvu, ili na osnovne principe postavljene u članu 1. i članu 20. nisu dozvoljene. Član 1. se odnosi na neprikosnovenost ljudskog dostojanstva i ljudska prava navedena u nizu sledećih članova (do 20). Član 20. definiše Nemačku kao demokratsku i socijalnu saveznu državu; propisuje da sva vlast pripada narodu; propisuje podelu vlasti na zakonodavstvo, koje je podređeno ustavnom poretku, i izvršnu i sudsku vlast koje su obavezane zakonima; propisuje i to da svi Nemci imaju pravo na otpor svakoj osobi koja teži ukidanju ustavnog poretka ako drugi lekovi nisu mogući.

Pravo na jednake i slobodne izbore je univerzalno i primenjuje se i na druge izborne i upravne sisteme, prema SUS.⁸⁰

Princip demokratije nije podložan odmeravanju sa drugim pravnim interesima, niti je dozvoljena promena OZ koja bi uticala na osnovne ustavne principe. Preispitivanje kršenja biračkog prava uključuje i povrede principa koji je kodifikovan kao „identitet ustava” (nem. *Identität der Verfassung*). Pomoću tzv. garancije večnosti, identitet slobodnog ustavnog poretka izuzet je od delovanja zakonodavne vlast nadležne za promenu ustava. Ustavotvorna moć ne daje predstavnicima i organima naroda mandat da menjaju fundamentalne ustavne principe.

Apstraktni pojam „ustavnog identiteta”, SUS dalje konkretizuje u delu presude koji se bavi navodima o gubitku nemačkog suvereniteta, kroz navođenje konkretnih oblasti koje moraju ostati u nacionalnoj regulaciji.⁸¹ O tome će biti reči pod sledećim podnaslovom ovog teksta, jer te dve kategorije, ustavni identitet i princip izborne demokratije, na prvi pogled su odvojene kategorije. Nemački SUS, međutim, povezuje ustavni identitet i pravo glasa pomoću zajedničke svrhe — kategorije ljudskog dostojanstva zaštićenog klauzulom večnosti. Ta klauzula prvi put je uvedena u nemački Ustav iz 1949. godine, i bila je zamišljena kao zaštita od totalitarizma, kao prepreka bilo kakvom kvazipravnom „isklizavanju” ustavne demokratije u diktaturu. Uvođenje ove zaštite u nemački posleratni Ustav bilo je inspirisano nacističkom diktaturom pod Vajmarskim ustavom, zbog čega zasnivanje na klauzuli večnosti pravne konstrukcije presude za „Lisabon” nije moglo da izbegne ironično prepoznavanje implicitne analogija između nacističke vladavine i evropske integracije.⁸²

⁸⁰ Moderna ustavna država može da polaže pravo na univerzalnost, čak i ako tu univerzalnost ne može da ostvari. To ne znači da ne postoje i drugi modeli demokratije ali, po mišljenju SUS, oni ne obezbeđuju dovoljno demokratsku legitimaciju. Videti: BVerfG, 2 BvE 2/08, paras 213-215, 217, 283.

⁸¹ BVerfG, 2 BvE 2/08, paras 216-218.

⁸² Videti: Stephan Leibfried & Karin van Elderen, “And they shall Beat their Swords into Plowshares – The Dutch Genesis of a European Icon and the German Fate of the Treaty of Lisbon”, *German Law Journal*, Special Issue: The Federal Constitutional Court’s *Lisbon Case*“, 2009, Vol. 10, No. 08, p. 1303.

3.2. Manjak demokratije u evropskoj javnoj vlasti

Posmatrajući evropsku institucionalnu konstrukciju kroz prizmu jednakog i slobodnog prava glasa, SUS izvodi nekoliko zaključaka. Evropska komisija je i pre Lisabonskog ugovora izgradila funkciju neke vrste evropske vlade koju deli sa Svetom i Evropskim svetom, pa ako se i ubuduće nastavi premeštanje fokusa političke akcije na Komisiju (što je bila namera u konceptualnim predlozima za budućnost EU), i ako bi predsednika Komisije pravno i faktički birao sam EP, izbori članova Parlamenta bi istovremeno predstavljali i odluku o evropskoj vladi, što je izvan današnjeg stepena regulacije. Zbog toga je ključna uloga EP i način njegovog izbora koji, prema SUS, pokazuju značajan stepen demokratskog deficita. Taj deficit se izražava kroz princip degresivne proporcionalnosti, tj. svojevrsni cenzus koji se odnosi na državljanstvo. Princip degresivne proporcionalnosti posavljen je negde između principa jednakosti država u međunarodnom pravu, i principa izborne jednakosti koji važi unutar države. Zbog postojanja kontingenata mesta za države članice, EP faktički ostaje predstavništvo naroda država članica. Prema odredbama primarnog prava EU, koje konkretizuju princip degresivne proporcionalnosti, proizlazi da glas građanina države članice sa malim brojem stanovnika može da bude i više puta teži od glasa državljanina članice sa velikim brojem stanovnika.⁸³ Opšte pravilo je da se takve značajne neravnoteže u federacijama tolerišu samo u slučaju drugog doma koji predstavlja članice federacije, koji postoji pored parlamenta kao predstavništva svih građana.

Zato SUS smatra da EP, kao predstavništvo država članica, samo indirektno predstavlja raspodelu moći u državama. To je i razlog zbog koga se tvrdi da nije *evropski narod* taj koji je predstavljen u

⁸³ Praktično, to znači da jedan član EP izabran u Nemačkoj (ili Francuskoj) predstavlja oko 857.000 građana Unije, dok jedan član EP izabran u Luksemburgu predstavljao samo 1/10 tog broja – oko 83.000 državljanina Luksemburga. U slučaju Malte, član EP predstavlja oko 67.000 građana, što je 1/12 broja građana koje predstavlja član EP iz Nemačke. U srednje naseljenim državama kao što je Švedska, svaki izabrani član EP predstavlja oko 455.000 građana Unije.

okviru značenja Lisabonskog ugovora, nego su to *narodi Evrope* organizovani u svojim državama, sa sopstvenim raspodelama moći do kojih se došlo demokratskim izborima na kojima je bio dovoljno uzet u obzir princip jednakosti i koje unapred oblikuju političke partije. S tim u vezi, SUS objašnjava da se koncept „građanstva Unije” isključivo zasniva na ugovornom pravu, da predstavlja kategoriju izvedenu iz volje država članica, i da ne konstituiše narod Unije koji ima pravo na samoopredeljenje i pravo da sam sebi podari ustav. SUS ističe da građanstvo Unije predstavlja izvedeni status koji se dodaje nacionalnom državljanstvu, a to ne menja ni činjenica da su prava povezana sa građanstvom Unije čak i proširena Lisabonskim ugovorom.⁸⁴

Jednakost građana Unije nije, dakle, *nexus* predstavljanja u EP, nego je to pripadnost državi (državljanstvo), što je kriterijum na osnovu koga je u EU apsolutno zabranjeno praviti razliku.⁸⁵ Ali, upravo je kriterijum državljanstva presudan (i) prema Lisabonskom ugovoru, kada se dođe do prilike da građani mogu da imaju uticaj u EU. Ovakvu protivrečnost nemački SUS objašnjava karakterom EU kao zajednice *sui generis*, tj. zajednice suverenih država (nem. *Staatenverbund*).

SUS dalje preispituje da li neke druge odredbe Lisabonskog ugovora mogu da nadoknade taj deficit evropske javne vlasti, koji postoji ako se posmatra prema standardima demokratije u državama. Jedan od načina nadoknađivanja tog nedostatka predstavlja jačanje prava građana i asocijacija koje imaju za cilj participaciju i transparentnost, kao i jačanje uloge nacionalnih parlamenata i regiona.⁸⁶ Ti instrumenti, ipak, imaju samo dopunsku, komplemen-

⁸⁴ BVerfG, 2 BvE 2/08, paras 346-349.

⁸⁵ Podsetimo se da je od samog osnivanja centralna ideja EU integracije bila zabrana ili ograničenje *diskriminacije na osnovu državljanstva*. Koncept unutrašnjeg tržišta se zasniva na ubeđenju da države članice iz kojih potiču roba i usluge, ne prave nikakvu razliku prema poreklu između roba, radnika, usluga, preduzeća i investicija.

⁸⁶ Lisabonski ugovor pojačava elemente participativne demokratije u pogledu proceduralnog učešća. Pored elemenata dodatne participativne demokratije,

tarnu funkciju demokratske legitimacije.⁸⁷ Isto važi i za efekat legitimacije koji proizvodi tzv. dupla kvalifikovana većina. Kvalifikovana većina, prema Lisabonu, predstavlja najmanje 55% članova Saveta koji predstavljaju barem 65% stanovništva Unije. To jeste mera protiv ekstenzivnog federalizma, smatra SUS, ali ta mera ne znači poštovanje demokratskih standarda izborne jednakosti.⁸⁸

Prema SUS, deficit u direktnoj putanji legitimacije evropske javne vlasti na osnovu izbora članova EP, ne može se nadoknaditi ni institucionalnim priznanjem nacionalnih parlamenata država članica u Lisabonskom ugovoru. Njihov položaj je značajno ograničen smanjenjem broja odluka koje se donose jednoglasno i nadnacionalizacijom novih oblasti delovanja. U tom slučaju, Lisabonski ugovor predviđa kompenzaciju pomoću proceduralnog jačanja supsidijarnosti, tj. pomoću proceduralne mogućnosti intervencije nacionalnih parlamenata i mogućnosti da nacionalni parlamenti izraze protivljenje aktu koji ne poštuje ovaj princip. Ali, zaključuje SUS, mogućnost povlačenja iz procedure zakonskog akta koji se osporava zbog kršenja supsidijarnosti, ostaje u rukama organa EU.⁸⁹

U objašnjenju razloga što se toleriše taj manjak demokratije u EU, SUS je, konačno pribegao *sui generis* argumentu o karakteru EU, tj. pojmu „zajednice suverenih država“:

„Ustavni zahtevi koje princip demokratije postavlja za organizacionu strukturu i proceduru odlučivanja u EU zavise od stepena prenosa suverenih odgovornosti na EU i stepena političke nezavisnosti u izvršenju prenetih suverenih

kao što je pravilo da se omogući građanima Unije i njihovim *reprezentativnim udruženjima* da, na odgovarajući način, saopšte svoje poglede, Lisabonski ugovor predviđa i elemente asocijativne i direktne demokratije (član 11. Ugovora o EU).

⁸⁷ BVerfG, 2 BvE 2/08, par. 294.

⁸⁸ Ibidem, par. 292.

⁸⁹ Videti više u: Žaklina Novičić, „Mehanizam ranog upozoravanja na povrede principa supsidijarnosti i proporcionalnosti“, *Evropsko zakonodavstvo*, 2010. br. 31-32/19, str. 67-76.

nadležnosti. Povećanje integracije je neustavno ako nivo demokratske legitimacije nije srazmeran stepenu i težini nadležnosti nadnacionalne uprave. Sve dok se, i u meri u kojoj se, princip prenosa poštuje u zajednici suverenih država, sa jasnim obeležjima izvršne i upravne saradnje, legitimizacija koju obezbeđuju nacionalni parlamenti i vlade, koju dopunjuje i kojoj doprinosi i direktno izabrani Evropski parlament, u principu je dovoljna.⁹⁰

Eventualno prekoračenje praga za federalnu državu i napuštanje nacionalnog suvereniteta zahteva, kazaće dalje SUS, slobodnu odluku nemačkog naroda. A ukoliko bi se tokom daljeg razvoja evropske integracije pojavila neravnoteža između karaktera i stepena suverenih nadležnosti EU, sa jedne strane, i stepena demokratske legitimacije sa druge strane, SR Nemačka bi morala da radi na promeni tog stanja i da, u najgorem slučaju, čak i odbaci dalje članstvo u EU.⁹¹

SUS ne zahteva „strukturalnu kongruenciju“, odnosno podudaranje nivoa demokratske legitimacije u EU i nivoa u nacionalnoj državi.⁹² A ipak, on procenjuje meru demokratije u EU prema standardima koji važe za države i konstatuje manjak demokratije. Na ovom mestu argumentacije, posmatrači ukazuju da je paradoksalno da se, sa jedne strane, tvrdi da sadašnje stanje EU ne zadovoljava zahteve demokratske legitimacije koji važe za države, dok se sa druge strane, zabranjuje da EU i formalno postane federacija ukoliko bi pokušala da prevaziđe taj manjak. Dakle, pretvaranje u državu zabranjeno je klauzulom večnosti i zahteva intervenciju naroda putem njegove ustavotvorne moći. Zato se nekima čini da je Unija „zaglavljena u konceptualnom i konstitucionalnom limbu“.⁹³ Ili, da upotrebimo terminologiju

⁹⁰ BVerfG, 2 BvE 2/08, par. 262.

⁹¹ Ibidem, paras 263-264.

⁹² Ibidem, 2 BvE 2/08, par. 266.

⁹³ Detaljna kritika ovog aspekta presude u: Christoph Schönberger, „Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea“, op.cit., pp. 1208-1213.

samog SUS — EU je zaglavljena u sopstvenom *sui generis* statusu zajednice suverenih država.

3.3. Suverenitet države i otvorenost za integraciju

Ustavnu elaboraciju principa demokratije u OZ, SUS dalje povezuje sa ciljem integracije Nemačke u međunarodni i evropski poredak, odnosno sa njenom otvorenošću za evropsko i međunarodno pravo (nem. *Europarechtsfreundlichkeit, Völkerrechtsfreundlichkeit*). Ovlašćenje za učešće u evropskoj integraciji dozvoljava da se na različiti način učestvuje u oblikovanju političkog mišljenja od načina koji određuje OZ u pogledu nemačkog ustavnog poretka. To važi sve do granice koju predstavlja neotuđivi identitet ustava. Prema Ustavu Nemačke i tumačenju SUS, na identitet ustava i princip demokratskog samoopredeljenja, evropska integracija ne može da utiče. Ni integracija u EU, niti integracija u mirovni sistem UN, ne znače pokoravanje stranim silama, već dobrovoljnu, uzajamnu obavezu *pari passu*, koja obezbeđuje mir i jača mogućnosti oblikovanja politike putem zajedničke koordinirane akcije. SUS to objašnjava ovako:

„Samo oni koji se obavezuju zato što shvataju nužnost miroljubivog balansiranja interesa i mogućnosti predviđene zajedničkim zamislama, dobijaju mogućnost akcije koja je potrebna da bi se i u budućnosti moglo oblikovati stanje slobodnog društva.⁹⁴

To je, prema SUS, model koji napušta koncept suverene državnosti dovoljne samoj sebi, i okreće se konceptu suvereniteta kao slobode koja je organizovana putem međunarodnog prava i posvećena njemu, koji prekida sa svim formama političkog makijavelizma i sa rigidnim konceptom suvereniteta, koji se do početka XX veka smatrao pravom da se vodi rat — čak i agresivan rat — kao pravom suverene države. Suverenost podrazumeva pacifikovanu oblast i poredak garantovan na bazi individualne

⁹⁴ BVerfG, 2 BvE 2/08, paras 219-226.

slobode i kolektivnog samoopredeljenja, objašnjava SUS. Država nije ni mit, ni cilj sama po sebi, nego ona predstavlja istorijski nastalu i globalno priznatu formu organizovanja održive političke zajednice.⁹⁵

Uprkos otvorenom, modernom modelu suverenosti koji je SUS obrazložio, on nije mogao da izbegne kritiku da je konzervativan, da nikad sebi ranije nije dozvolio da toliko često koristi reč „suverenitet“, da njegov model nema mnogo veze sa realnošću, da ignoriše istoriju, da izražava „nazadno nacionalističko viđenje suvereniteta“, i da čak predstavlja „najgoru tradiciju nemačke ustavne teorije“.⁹⁶ Takve komentare ne izaziva deo *lisabonske doktrine* koji se tiče otvorenosti za evropsku integraciju, nego njen drugi deo koji izražava ideju o neprikosnovenosti ustavnog identiteta, koji podrazumeva da, prema OZ, organi Nemačke nemaju moć da pridruživanjem federalnoj državi napuste pravo na samoopredeljenje nemačkog naroda u formi nemačke suverenosti u međunarodnom pravu. Zbog neopozivog prenosa suvereniteta na novi subjekt legitimizacije koji sa tim sledi, taj korak je rezervisan za direktno deklarisanu volju samog nemačkog naroda. Ovlašćenje za prenos suverenih moći na EU i za vršenje nadnacionalnih nadležnosti dolazi, ipak, iz samih država članica. One stoga trajno ostaju gospodari ugovora.

„Ustav Evrope, međunarodno ugovorno pravo ili primarno pravo, ostaje izvedeni fundamentalni poredak. On ustanovljava nadnacionalnu autonomiju koja je veoma dalekosežna u političkoj svakodnevnici, ali uvek je faktički ograničena. Ovde, autonomija može biti shvaćena samo — kao što je to običaj u pravu samouprave — kao autonomija za upravljanje koje je nezavisno, ali izvedeno, tj. koju su ugovorili drugi pravni entiteti. Suprotno tome, suverenost u međunarodnom pravu i u javnom pravu zahteva nezavisnost od strane volje, posebno u pogledu ustavnih

⁹⁵ *Ibidem*, paras 222-225.

⁹⁶ Videti npr: Frank Schorkopf, “The European Union as An Association of Sovereign States”, op. cit., pp. 1238-1240.

osnova.⁹⁷ Ovde nije presudno to da li međunarodna organizacija ima pravnu ličnost, tj. da li sa svoje strane može da deluje obavezujuće kao subjekt pravnih odnosa u međunarodnom pravu. Odlučujuće je to kako se elaborira fundamentalni pravni odnos između međunarodne organizacije i država članica i ugovornih strana koje su stvorile tu organizaciju i snabdele je pravnom ličnošću.⁹⁸

Ne postoji nezavisan subjekt legitimacije vlasti EU koji je konstituisan, takoreći, na višem nivou, a da nije izveden iz volje drugih. EU je sekundarni, izvedeni poredak, i to je osnova ove presude nemačkog SUS. Karakter EU kao sekundarne političke oblasti, zasniva se i na principu prenosa (dela) nadležnosti na EU, koji je fundamentalni princip EU prava i oduvek je podupirao integraciju, ali je prvi put izričito preciziran u neuspehom Ugovoru o Ustavu EU, i zatim prenet u Lisabonski ugovor.

3.4. Princip prenosa nadležnosti i dinamične procedure

Princip prenosa podrazumeva da se nadležnosti država članica prenose dobrovoljno na EU kao zajednicu suverenih država, te da EU nema nadležnosti same po sebi, i da zato u domenu država članica ostaje svaka oblast politike koju države članice nisu eksplicitno ugovorile u tom kontekstu.⁹⁹ Kako nemački SUS

⁹⁷ Ovaj citat SUS preuzima iz: Carl Smitt, "Generalbericht in der Zweiten Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rates am 8. September 1948", in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, *Akten und Protokolle*, vol.9, 1996, pp. 20-21.

⁹⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08, par. 231.

⁹⁹ Princip prenosa i princip supsidijarnosti reguliše član 23. OZ. Interesantno je primetiti razliku u nazivu ovog principa u engleskoj i nemačkoj varijanti. Na engleskom jeziku to je samo princip prenosa – *principle of conferral*, dok u nemačkom obliku „prenos“ ispred sebe ima i pridev „ograničen“ (nem. *begrenzten*; *das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*). Na srpskom jeziku to je princip prenosa, ali u našoj literaturi ima i primera da se on navodi kao princip prenosa dela nadležnosti.

objašnjava, prema nemačkom Ustavu poverenje u konstruktivnu snagu mehanizma integracije ne može biti neograničeno. On dodaje da, ako se u procesu evropske integracije menja primarno pravo, ili ako ga institucije tumače u proširenom smislu, nastaje značajna tenzija u ustavnom smislu u odnosu na odgovornost za integraciju pojedinačnih država i u odnosu na princip prenosa. Ako se zakonodavne ili administrativne nadležnosti prenesu samo na neodređen način, ili sa namerom da budu dalje dinamično razvijane, ili ako se institucijama dozvoli da nove nadležnosti zaokruže na prošireni način ili da ih faktički prošire, stvara se rizik prekoračenja unapred određenog programa integracije i delovanja izvan prenetih nadležnosti. Na kraju te putanje nalazi se dispozicija zasnivanja nadležnosti da se slobodno raspolože sopstvenim nadležnostima (em. *Kompetenz-Kompetenz*).¹⁰⁰

OZ ne daje nemačkim državnim organima nadležnost da prenesu na EU suverene nadležnosti na takav način da njihovo izvršenje može nezavisno da uvede druge nadležnosti za EU i mogućnost da odlučuje o sopstvenim nadležnostima. Do dalekosežnog osamostaljenja političke vlasti EU putem permanentnog prenošenja sve većih nadležnosti i postepenog prevazilaženja postojećih zahteva za jednoglasnošću, ili pravila jednakosti država koji su toliko dugo presudna, može da dođe samo kao posledica slobodnog akta autonomnog naroda, posmatrajući iz perspektive nemačkog ustavnog prava kako to čini nemački SUS.

SUS identifikuje rizik od prekoračenja obaveznog principa prenosa i konceptualne odgovornosti za integraciju koja je dužnost država članica, kada institucije EU mogu da neograničeno tj. bez spoljašnje kontrole — budući da je takva kontrola veoma blaga i smatra se izuzetnom — odlučuju o tumačenju prava Ugovora.¹⁰¹ Zbog toga Ustav SR Nemačke zahteva da se ne pristaje na *dinamične ugovorne odredbe sa blanko karakterom* ili, ako se one još uvek mogu tumačiti na način koji poštuje nacionalnu odgovornost za integracije, da se

¹⁰⁰ BVerfG, 2 BvE 2/08, par. 238.

¹⁰¹ Ibidem.

vedu barem odgovarajuće nacionalne garancije za efikasno izvršenje te odgovornosti. Prema tome, zakon kojim se potvrđuje međunarodni ugovor i nacionalni prateći zakoni moraju biti takvi da se nastavi odvijanje evropske integracije prema principu prenosa bez mogućnosti da EU preuzme u posed *nadležnost za nadležnost*, ili da prekrši ustavni identitet država članica koji nije podložan integraciji, u ovom slučaju, ustavnog identiteta Osnovnog zakona.¹⁰²

SUS posebno elaborira tzv. dinamične procedure u vezi sa kojima je inicirao promenu pratećih zakona uz ratifikaciju Lisabonskog ugovora u Nemačkoj, kojima se praktično u Nemačkoj ukida delimično poboljšana fleksibilnost ugovorne revizije predviđena Lisabonskim ugovorom, tj. mogućnost da organi EU menjaju ugovorne osnove EU bez procesa nacionalnih ratifikacija. SUS ističe da takav korak integracije mora biti faktički ograničen aktom prenosa i da mora, u principu, biti opoziv. Zbog toga, povlačenje iz EU ne mogu da spreče druge države članice ili autonomni organi EU. Povlačenje iz članstva ne predstavlja otcepljenje (secesiju) od državne zajednice koja je problematična u međunarodnom pravu, nego prosto povlačenje iz zajednice suverenih država koja se zasniva na principu reverzibilnog samoobavezivanja.¹⁰³

3.5. Identitet ustava i program integracije

U presudi o ustavnosti ratifikacije Lisabonskog ugovora, nemački SUS kaže da svaka integracija u međunarodne i nadnacionalne organizacije otvara mogućnost da se time stvorene institucije razvijaju autonomno, i da one iskažu tendenciju političkog samojačanja, čak i ako njihovi organi deluju na osnovu svog mandata. Akt kojim se daje nadležnost za integraciju, uprkos principu prenosa, može zato da ocrtá program u čijim će se granicama dešavati politički razvoj, koji ne može da bude unapred određen u svakom pojedinačnom aspektu. Ko god računa na integraciju, mora da očekuje samostalno formiranje

¹⁰² Ibidem, par. 239.

¹⁰³ Ibidem, par. 233.

mišljenja institucija EU. Ono što se mora tolerisati, jeste tendencija ka održanju komunitarnih tekovina (*acquis communautaire*) i efektivno tumačenje nadležnosti duž linije američke doktrine *implicirane moći* ili principa praktičnog dejstva — *l'effet utile* u pravu međunarodnih ugovora. To je deo mandata integracije koji je poželjan prema OZ, kako objašnjava SUS.¹⁰⁴

Princip prenosa preuzet je iz ustava država članica, on je takođe i princip evropskog prava, isto kao što je to i obaveza EU da poštuje nacionalni identitet država članica.¹⁰⁵ Princip prenosa i dužnost, u evropskom pravu, da se poštuje identitet država članica, predstavljaju osnovu za uspostavljanje autoriteta EU u ustavnom pravu država članica. Neprenosivom identitetu ustava koji nije podložan integraciji, odgovara obaveza u evropskom pravu da se poštuju ustavne nadležnosti država članica kao gospodara Ugovora. Sa ovim ograničenjima svojih nadležnosti, SUS ističe da će preispitati, ako bude neophodno, da li se ovi principi poštuju.¹⁰⁶

Integracioni program EU mora da bude, dakle, dovoljno precizan. U meri u kojoj narod nije direktno pozvan da odlučuje, samo parlament može da preuzme odgovornost za demokratsku legitimaciju, i da se blanko ovlašćenje za vršenje javne vlasti, posebno one koja ima direktno obavezujuće dejstvo za nacionalni pravni sistem, ne može se dati nemačkim ustavnim organima. Ukoliko države članice razrađuju zakon postavljen u Ugovorima na takav način da, uz funamentalno poštovanje principa prenosa, promena ugovornog prava može da se sprovede bez same ratifikacije, ili u odlučujućoj meri od strane institucija EU (mada u uslovima jednoglasnosti), posebna odgovornost zakonodavnog organa je obavezna (nezavisno od savezne vlade); u Nemačkoj, participacija mora, na nacionalnom nivou, da bude u skladu sa zahtevima odgovornosti za integraciju i može se, ako je neophodno, preispitivati u procesu pred Saveznim ustavnim sudom.¹⁰⁷

¹⁰⁴ BVerfG, 2 BvE 2/08, par. 237.

¹⁰⁵ Članovi 4-6 UfEU.

¹⁰⁶ BVerfG, 2 BvE 2/08, paras 234-235.

¹⁰⁷ Ibidem, par. 236.

3.6. Posebno osetljive oblasti države

SUS je, dakle čvrsto povezoao demokratiju i suverenost: princip demokratije zahteva očuvanje suverenosti. Princip demokratije, kao i princip supsidijarnosti, koji predstavlja i strukturni ustavni zahtev, zahtevaju da se, prema SUS, faktički ograniči prenos suverenih nadležnosti na EU na predvidljiv način, posebno u centralnim političkim oblastima ličnog razvoja i oblikovanja uslova života putem socijalne politike. U tim oblastima, posebno se sugerise da se povuku limiti gde se faktički zahteva koordinacija uslova sa prekograničnom dimenzijom. Polazi se od toga da evropska unifikacija na bazi zajednice suverenih država možda neće biti ostvarivana tako da državama članicama ostane dovoljno prostora za političko stvaranje ekonomskih, kulturnih i socijalnih životnih uslova, i da zato treba ograničiti transfer nadležnosti zavisno od konkretnog sadržaja, tj. oblasti politike. SUS navodi oblasti koje su se oduvek smatrale posebno osetljivim za sposobnost ustavne države da sebe demokratski oblikuje.¹⁰⁸

Prema SUS, suštinske oblasti demokratske formativne akcije *inter alia* uključuju: a) krivično pravo, to jest pitanja državljanstva, pre svega vezana za intenzivna kršenja fundamentalnih prava (lišavanje slobode, pritvaranje); b) civilni i vojni monopol na upotrebu sile, tj. raspolaganje policijskim monopolom na upotrebu sile unutar zemlje i vojnim monopolom na upotrebu sile prema spolja; c) fundamentalne poreske odluke o javnim приходima i rashodima, uključujući i spoljašnje finansiranje; d) odluke o oblikovanju uslova života u socijalnoj državi; e) odluke koje su posebno važne u oblasti kulture, porodičnog prava, obrazovanja i verskih zajednica; tu spadaju kulturna pitanja kao jezik, oblikovanje uslova koji se tiču porodice i obrazovanja, uređivanje slobode mišljenja, štampe i udruživanja i ispovedanja vere ili ideologije.¹⁰⁹ Interesantno je da SUS posebno ističe ovu poslednju grupu osetljivih oblasti sa stanovišta suvereniteta države, tj. važnost odlučivanja o privatnoj sferi lične i individualne

¹⁰⁸ Ibidem, paras 247-248.

¹⁰⁹ Ibidem, par. 249.

odgovornosti i političke i socijalne bezbednosti zaštićene fundamentalnim pravima, kao i političkih odluka koje se posebno zasnivaju na kulturi, istorijskim i jezičkim percepcijama, i koje se razvijaju u javnom diskursu, u stranačkoj politici i u parlamentarnoj sferi javne politike.¹¹⁰ Za SUS je ova oblast jako važna sa stanovišta demokratije, koja ne znači samo poštovanje formalnih principa organizacije, nego ona živi u plodnom javnom mišljenju koje se koncentriše oko centralnih akata određenja političkog pravca zemlje i oko periodične raspodele visoko rangiranih javnih funkcija u nadmetanju vlade i opozicije:

„Samo takvo javno mnjenje čini očiglednim alternative za izbore i druga glasanja, i stalno ih priziva u misli i u pogledu odluka o individualnim pitanjima, tako da one mogu ostati stalno prisutne i delotvorne u političkom formulisanju mišljenja ljudi preko stranaka, koje su otvorene za učešće svih građana, i u javnoj sferi informacija.”¹¹¹

SUS ističe da se tako štiti veza između faktičkih političkih odluka i volje većine koja je stvorena izborima, i dualizam vlade i opozicije proizašao iz toga u sistemu različitih konkurentnih stranaka i sistemu javnog mnjenja koje posmatra i kontroliše. Čak i ako zbog velikog uspeha evropske integracije, zajednička evropska javnost koja saraduje u pogledu određenih pitanja evidentno raste u „zvučnim sobama” svojih odnosnih država, ne može se prevideti, ipak, da javna percepcija faktičkih pitanja i političkih vođa ostaje u značajnoj meri povezana sa obrascima identifikacije koji su vezani za nacionalnu državu, jezik, istoriju i kulturu, objašnjava SUS važnost ove osetljive oblasti sa stanovišta demokratije i suvereniteta.¹¹²

Navedene posebno osetljive oblasti, koje predstavljaju pravne i praktične „preduslove postojanja demokratije koja živi”, i podelu nadležnosti u njima, SUS posebno analizira u nizu daljih paragrafa presude, u kojima se ističe da EU institucije treba da izvršavaju

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Ibidem, par. 250.

¹¹² Ibidem, par. 251.

nadležnosti na takav način da na nivou država članica ostanu zadaci dovoljno važni i u pogledu njihovog obima i pogledu njihove suštine.¹¹³

4. KONTROLA *ULTRA VIRES* I KONTROLA „IDENTITETA USTAVA”

U okviru nemačke jurisdikcije se mora omogućiti procenjivanje odgovornost za integraciju ukoliko dođe do očiglednog prekoračenja granice, ukoliko EU tvrdi da polaže pravo na nadležnosti, i mora se zaštititi neprikosnoveno jezgro sadržaja ustavnog identiteta OZ putem preispitivanja, odnosno kontrole identiteta (nem. *Identitätskontrolle*), ističe nemački SUS stav koji je veoma problematičan iz perspektive evropskog prava i položaja Suda pravde EZ kao merodavnog tumača prava EU i evropske integracije.

Mogućnost za *ultra vires* kontrolu koja se sprovodi kada se posumnja da evropske institucije prekoračuju granice nadležnosti, SUS je otvorio još presudom o ustavnosti Ugovora iz Matrihta iz 1993. godine. Ako se pravna zaštita ne može postići na nivou Unije, SUS će preispitati da li pravni instrumenti evropskih institucija i organa, držeći se principa *supsidijarnosti* u komunitarnom pravu,¹¹⁴ ostaju unutar granica suverenih moći koje su ugovorene za njih putem prenosa nadležnosti.

Dalje, SUS navodi da on može da preispituje i poštovanje neprikosnovenog jezgra sadržaja ustavnog identiteta OZ. Vršenje ove nadležnosti kontrole, ukorenjeno u ustavnom pravu, ne protivreči evropskom principu lojalne saradnje,¹¹⁵ čak u evropskoj pravnoj oblasti idu ruku pod ruku garancija nacionalnog ustavnog identiteta u ustavnom pravu i ona u pravu Unije. Ali *ultra vires* kontrola, kao i kontrola identiteta, mogu da dovedu do proglašenja komunitarnog prava neprimenjivim u SR Nemačkoj. SUS ide i dalje

¹¹³ Ibidem, paras 253-260, 351ff.

¹¹⁴ Član 5.2. ex Ugovora o osnivanju EU; sada član 5.1, 5.2. i 5.3. Ugovora o EU.

¹¹⁵ Član 4.3. UfEU.

kada kaže da nema potrebe da posebno određuje tip procedure za zasnivanje svoje jurisdikcije, i navodi da se mogu koristiti i postojeći tipovi procedura (tzv. apstraktne i konkretne kontrole zakona, zatim ustavna žalba ili spor među organima — *Organstreit*), a ostavlja i mogućnost da zakonodavac stvori dodatni tip procedure za SUS koji bi bio posebno prilagođen *ultra vires* i kontroli identiteta, da bi se zaštitila obaveza nemačkih ustavnih organa da ne primenjuju, u individualnim slučajevima, pravne instrumente EU koji prekoračuju nadležnosti ili krše ustavni identitet.¹¹⁶

„Ako ugovorno pravo određuje nadležnosti EU na način koji u osnovi zavisi od pristanka, ali te nadležnosti mogu dalje da se razvijaju izvan mogućnosti koje daje tumačenje principom *effet utile* ili implicitnim punjenjem praznina u nadležnostima koje su prenete, tj. ako se nazivi nadležnosti ispunjavaju jasnim sadržajem samo pomoću specijalnih pravnih instrumenata na nivou Unije, i ako se procedure odlučivanja mogu autonomno menjati, onda Nemačka može u tome učestvovati samo ako se obezbedi poštovanje ustavnih zahteva na nacionalnom nivou. Ratifikacija ugovora koji regulišu političke odnose federacije generalno garantuje participaciju zakonodavnih tela u suverenim odlukama u pogledu spoljnih poslova, i nalaže primenu zakona na nacionalnom nivou za pravo međunarodnih ugovora koje je ugovorila izvršna vlast.”¹¹⁷

Navedeno konkretno znači da se, u pogledu evropske integracije, primenjuje specijalni ustavni zahtev – usvajanje pisanog zakona. Da bi se poštovala odgovornost za integraciju i da bi se zaštitila ustavna struktura, ovaj ustavni zahtev za donošenjem posebnog pisanog zakona — *lex specialisa* — treba da se tumači tako da se odnosi na svaku promenu teksta koji čini osnovu evropskog primarnog prava. Tako zakonodavni organi savezne države izvršavaju svoju političku odgovornost uporedivu sa procedurom ratifikacije, i u slučaju pojednostavljene procedure

¹¹⁶ BVerfG, 2 BvE 2/08, par. 241.

¹¹⁷ Ibidem, par. 242.

revizije ili u slučaju ostalih procedura zaobilaženja Ugovora, i u slučaju promena u nadležnostima čija osnova već postoji ali koje zahtevaju konkretizaciju pomoću daljih pravnih instrumenata i u slučaju promene odredaba koje se tiču procedura odlučivanja. Time se, prema mišljenju SUS, obezbeđuje pravna zaštita koja odgovara situaciji ratifikacije.¹¹⁸

5. PRINCIP PRVENSTVA PRAVA EU

Postavlja se pitanje kako je, konačno, nemački SUS protumačio, u svetlu svega navedenog, princip prvenstva prava EU. Ovim osetljivim pitanjem koje se tiče i njegove sopstvene nadležnosti nemački SUS se bavio po prigovorima u kojima se izražavala sumnja da, zbog sveobuhvatne dobiti u nadležnosti EU, SUS ubuduće *de facto* neće moći da prespituje da li EU poštuje princip prenosa nadležnosti, kao i da li obezbeđuje pravne posledice u Nemačkoj, a time i zaštitu srži ustavnog identiteta i zaštitu osnovnih prava.¹¹⁹ SUS je navedeni problem protumačio na sledeći način: nadređenost evropskog prava posredstvom ustavnog ovlašćenja je zadržana, pa zato vrednosti kodifikovane Lisabonskim ugovorom (član 2 UfEU), u slučaju sukoba zakona, ne mogu biti nadređene ustavnom identitetu država članica, koji je u slučaju Nemačke i ustavno zaštićen putem kontrole identiteta. SUS smatra da Lisabonski ugovor ne daje Uniji blanko nadležnosti (*Kompetenz-Kompetenz*), tako da se princip prenosa primenjuje i u tom slučaju.

Prema evropskim instrumentima, tumačenje primarnog i sekundarnog prava dodeljeno je evropskoj sudskoj vlasti. Sud pravde EU i nacionalni sudovi obezbeđuju, svaki u okviru svoje jurisdikcije, da se u tumačenju Ugovora primenjuje navedeno pravilo. Sud pravde EU ima nadležnost da u postupku pribavljanja odluke o prethodnom pitanju učini obavezujućom presudu koja se tiče tumačenja Ugovora i važenja i tumačenja akata institucija EU. Prema tome, pravo Ugovora

¹¹⁸ Ibidem, par. 243.

¹¹⁹ Ibidem, paras 331-343.

čini sudsku praksu evropskih sudova, posebno Suda pravde EU, obavezujućom za sudove država članica putem zapovesti da primenjuju zakon usvojen kroz nacionalne akte ratifikacije.

„Iz kontinuiranog suvereniteta naroda koji je usidren u državama članicama, i iz okolnosti da države ostaju gospodari ugovora, sledi — barem do formalnog osnivanja evropske federalne države i promene subjekta demokratske legitimacije koja time mora biti eksplicitno izvršena — da države članice ne mogu biti lišene prava da preispituju poštovanje programa integracije.“¹²⁰

Nemački SUS je odnose između država članica i EU uporedio sa odnosima između nemačke federacije i njenih provincija: zahvaljujući zapovesti iz Ustava, savezni zakon je nadređen zakonu pokrajine koji mu protivreči; zakon usvojen na nadnacionalnom nivou nema takav derogacioni efekat koji anulira zakon država: prvenstvo primene evropskog prava ne utiče na pravno važenje protivnog zakona u državama članicama, ono samo primorava na povlačenje s obzirom na njegovu primenu u meri koju zahtevaju Ugovori i koju dozvoljava ratifikacioni zakon donet na nacionalnom nivou; komunitarni zakon i zakon države članice koji mu je suprotan, neprimenjiv je samo u meri koju zahteva sadržaj regulative komunitarnog i evropskog prava koja mu je suprotna.¹²¹

Ova konstrukcija je više teorijska u pogledu svakodnevne primene zakona, pošto često ne dovodi do praktičnih razlika u pogledu pravnih posledica. Ona međutim utiče na odnos jurisdikcije država članica i jurisdikcije EU. Nemački SUS je u tom pogledu zauzeo stav da organi sudske vlasti sa ustavnom funkcijom ne mogu, u okviru nadležnosti koje su im prenete, „biti lišeni odgovornosti za granične linije svojih ustavnih ovlašćenja za integraciju i za očuvanje neprikosnovenog ustavnog identiteta.“ Nemački SUS smatra da, osim položaja

¹²⁰ Ibidem, par. 334.

¹²¹ Ibidem, par. 335. Sud pravde EZ zasnovao je odluku u slučaju *Kadi* (3.9.2008.) na sličnom viđenju prema kome prigovor za odbacivanje prava važenja rezolucije Saveta bezbednosti UN može da se izrazi navođenjem osnovnih pravnih principa EU. V. Albert Posh, “The Kadi Case: Rethinking the Relationship Between EU Law and International Law?”, *The Columbia Journal of European Law*, 2009, Vol. 15, pp. 1/5.

komunitarnih institucija koji se izvodi iz međunarodnih ugovora, on može da prizna konačni karakter odluka ESP samo „u principu”. SUS je zaključio da upravo on preispituje da li pravni instrumenti evropskih institucija i organa ostaju unutar granica suverenih nadležnosti koje su im dodeljene, kao i to „da li sudska vlast Zajednice tumači Ugovore na ekstenzivan način koji se svodi na nedozvoljenu i samostalnu ugovornu reviziju“.¹²²

Prvenstvo primene evropskog prava, dakle, prema SUS, ostaje i po stupanju na snagu Lisabonskog ugovora institut prenet međunarodnim ugovorom, tj. izvedena ustanova koja bi, shodno mišljenju ovog respektabilnog ustavnog suda, pravni efekt u državi članici imala „samo uz zapovest“ da se primenjuje zakon koji je usvojen nacionalno — putem akta o ratifikaciji. SUS to tumači kao posledicu kontinuirane suverenosti država članica: ustavom se zemlja integriše u pravnu zajednicu miroljubivih i slobodnih država, ali se time ona ne odriče suvereniteta kome je poslednja instancu u Ustavu; zbog toga, nije protivno načelu otvorenosti prema međunarodnom pravu ako, izuzetno, zakonodavac ne poštuje pravo međunarodnih ugovora — prihvatajući, ipak, odgovarajuće posledice u međunarodnim odnosima — ako je to jedini način na koji povreda osnovnih ustavnih principa može biti otklonjena. U svakom slučaju, načelu otvorenosti prema evropskom pravu, tj. učešću u realizaciji ujedinjene Evrope, *de facto* nije suprotno to da, izuzetno i pod specijalnim i uskim uslovima, Ustavni sud objavi da je zakon EU neprimenjiv u Nemačkoj.¹²³ Sud navodi da takva pravna figura ne samo da je poznata u međunarodnim pravnim odnosima — kad se upućuje na *ordre public* kao granicu obavezivanja na osnovu ugovora; ona odgovara, ako se koristi na konstruktivan način, i ideji konteksta (objašnjenja) političkog poretka koji nije strukturiran prema strogoj hijerarhiji.¹²⁴

¹²² Ibidem, paras 336-338.

¹²³ Ibidem, par. 340.

¹²⁴ Ibidem.

6. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Argumentacija nemačkog SUS u presudi o ustavnosti Lisabonskog ugovora kritikovana je iz raznih uglova. Za ovu presudu se kaže da ona izlaže sopstvenu filozofiju evropske integracije sa generalno skeptičnim tonom (neki bi rekli sa ogromnim evropskeptičnim rezervama), ili da predstavlja „više politički manifest sudija nego sudsku presudu“.¹²⁵ Kritikuje se i „uska dogmatska teza o demokratiji“ (fokusiranoj na princip jedna čovek — jedan glas i na princip vladavine većine)¹²⁶, dok se za „to pričvršćivanje parlamentarizma i demokratije“ kaže da predstavlja „najgoru tradiciju nemačke državnopravne i ustavne tradicije“¹²⁷ koja nema veze sa realnošću i suštinom EU.¹²⁸ Kaže se i to da presuda za „Lisabon“ predstavlja konzervativno tumačenje kontejner-države (*container-state*) u javnom pravu zamrznuto u formi iz XIX i XX veka, koje tretira 50 godina evropeizacije (i globalizacije) kao efemeran i prolazni fenomen.¹²⁹ Na toj osnovi, neki kritičari nemačkog SUS apeluje da se ostave po strani „prevaziđeni“ koncepti o nesmanjenoj suverenosti nacionalne države i da se, umesto toga, okrene svežim idejama (odnosno ideji umetnute, zajedničke, dvojne, prepletene, plutajuće suverenosti).¹³⁰

¹²⁵ Christian Tomuschat, “The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon”, op. cit., p. 1260.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Daniel Halberstam and Christoph Möllers, “The German Constitutional Court says ‘Ja zu Deutschland!’”, *German Law Journal*, Special Issue: The Federal Constitutional Court’s *Lisbon Case*, 2009, Vol. 10, No. 08, op. cit., p. 1247. Christoph Schönberger, “Lisbon in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones At Sea”, op. cit., p. 1260.

¹²⁸ Joschka Fischer, *Die Zeit*, 9/7/2009.

¹²⁹ O kontejner državi videti npr.: Peter J. Taylor, “The state as container: territoriality in the modern world-system Progress”, *Human Geography*, June 1994, Vol. 18, No. 151-162.

¹³⁰ Stephan Leibfried and Karin van Elderen, “And they shall Beat their Swords into Plowshares”, op. cit., p. 1303.

Neki kritičari presude „Lisabon“ proglašavaju njeno objavljivanje „crnim danom u istoriji Evrope”.¹³¹ U taboru razočaranih komentatora generalno se smatra da SUS zatvara svaku ozbiljnu raspravu o budućnosti EU, da presuda ne sadrži dimenziju budućnosti, da se povukao u potpuno defanzivnu poziciju, da je odustao od ambicije da pozitivno oblikuje EU, da je anksiozan i istovremeno pretenciozan; da rizikuje da ga sopstvena retorika ukloni i da postane zaista štetan faktor; da je nepredvidljiv „stvaralac problema“, te da je slab da oblikuje integracije ali dovoljno jak da ih ometa. Konačno, upozorava se da „pas koji mnogo laje, može da se osetiti prinuđenim da ujede u nekom momentu”.¹³² Ukoliko bi pokušali da sumiramo ove kvalifikacije, one bi se svele na to da je nemački SUS *kočničar* evropskih integracija i da negira temelje evropske konstrukcije. Presuda za „Lisabon“ za mnoge je predstavljala „performativni izraz“ SUS u kome je on podvukao sopstvenu važnost u čudnoj kombinaciji retorike i rečitosti,¹³³ odnosno dokaz da je SUS zauzeo permanentno suprotstavljenu poziciju prema jurisprudenciji Suda pravde EU.

Sa druge strane, skeptici tvrde da nemački SUS baca prašinu u oči ne samo nemačkom, nego i narodima Evrope, uveravajući ih da se sve odvija na demokratski način, iako je upravo suprotno, ali i da se ništa drugo nije ni moglo očekivati od suda koji je sastavni deo sistema države vlasti od koje nije mogao imati drugačije mišljenje od nje.¹³⁴ Optimisti i zadovoljni presudom bili su aktuelni

¹³¹ Alfred Grosser, “The Federal Constitutional Court’s *Lisbon* Case: Germany’s ‘Sonderweg’: An Outsider’s Perspective”, *German Law Journal*, Special Issue: The Federal Constitutional Court’s *Lisbon Case*, 2009, Vol. 10, No. 08, p. 1263.

¹³² Christoph Schönberger, “*Lisbon* in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones At Sea”, op. cit., pp. 1216-1218. Frank Schorkopf, “The European Union as An Association of Sovereign States”, op. cit., pp. 1238-40.

¹³³ Daniel Halberstam, & Christoph Möllers, “The German Constitutional Court says ‘Ja zu Deutschland!’”, op. cit., p. 1257.

¹³⁴ K. Müller, *Réflexions sur l’arrêt de la Cour constitutionnell allemande sur le Traité de Lisbonne*; Internet: <http://www.toutsaufsarkozy.com>, 22. 07. 2009. Prema: Irena Banovčanin Heuberger, „Presuda Saveznog ustavnog suda SR Nemačke o saglasnosti Zakona o potvrđivanju Lisabonskog ugovora sa Ustavom”, *Evropsko zakonodavstvo*, br. 29-30/09, op. cit., str. 214-216. Pregled komentara, posebno francuskih izvora, videti i u citiranom tekstu.

političari. Kancelarka Angela Merkel je pozdravila oklanjanje još jedne značajne prepreke za ratifikaciju Lisabonskog ugovora, a zadovoljstvo je izrazio i tadašnji ministar spoljnih poslova Frank-Valter Štajnmajer (*Frank-Walter Steinmeier*). Predsednik SUS Andreas Foskule (*Andreas Vosskuhle*) povodom presude je izjavio da su „vrata evropske federalne države i dalje otvorena“. Da li je dalji razvoj osporio navedene kritike? Već godinu dana kasnije, odnosno tokom 2010. godine nemački SUS je po prvi put od izricanja presude za „Mastriht“ (1993), kada je uveo mogućnost za *ultra vires* kontrolu akata ESP, *de facto* i iskoristio tu mogućnost presudom u predmetu „Mangold“ (26. avgusta 2010). Ipak, SUS je tom prilikom potvrdio raniju odnosnu presudu ESP (2005) i odbacio optužbe za prekoračenje nadležnosti od strane ESP. Čini se SUS ne samo da je time izbegao direktni sukob sa ESP, nego je i ojačao njegovu moć ograničavajući svoju.¹³⁵

Sigurno se može reći to da je SUS svojim nalogom iz presude u predmetu „Lisabon“ — da se unutrašnjim zakonodavstvom ojačaju prava participacije nacionalnog parlamenta u poslovima EU, praktično ukinuo delimično poboljšanu fleksibilnost ugovorne revizije koju je doneo Lisabonski ugovor, barem što se Nemačke tiče. Nacionalni parlament je, sa ojačanim proceduralnim pravima u poslovima EU, najveći pobednik u ovom procesu, a ostaje da se vidi koliko će i on sam praktično iskoristiti svoje mogućnosti participacije u evropskom odlučivanju. Ako bi se moglo govoriti o gubitniku u ovom procesu, to bi onda bio Evropski parlament koji je presudom nemačkog SUS, na neki neki način, identifikovan kao izvor strukturalnog demokratskog deficita u EU, što je sasvim suprotno preovlađujućoj percepciji kao i samopercepciji ove institucije EU.

U odgovoru na kritike presude nemačkog SUS kao konzervativne, može se reći da nije realno očekivati od nacionalnog ustavnog suda da bude strasni evrofil, jer to i nije njegova uloga. Nacionalni ustavni sudovi su konzervativni po definiciji. Uloga nemačkog Ustavnog suda

¹³⁵ “German Constitutional Court clears path to EU law”, 31 August 2010, Internet: <http://www.euractiv.com/future-eu/german-constitutional-court-clea-news-497305>.

je bila da preispita da li proces evropskih integracija nanosi štetu nacionalnom političkom sistemu, a naročito ustavnom poretku čija je on inkarnacija. Kritika uglavnom zamera to što je SUS propustio priliku da utvrdi novi produktivni pravac Evrope i da preko svoje presude definiše evropski pravni prostor za XXI vek.¹³⁶ Sa druge strane se od njega, čini se, očekivalo da se snažnije odupre evropskoj integraciji zbog njenih deficita koje je istakao u presudi, ali su i takva nadanja, na kraju ispala nerealna u postojećoj konstelaciji političkih snaga u Nemačkoj i u situaciji nepostojanja snažne političke alternative (budući da je Lisabonski ugovor već bio prošao ratifikaciju u nemačkom parlamentu i to ubedljivom većinom), u kakvoj se i sudije teško odupiru otvorenom političkom oportunističkom.

¹³⁶ Stephan Leibfried and Karin van Elderen, "And they shall Beat their Swords into Plowshares", op. cit., p. 1303.

III

HORIZONTALNO NEPOSREDNO DEJSTVO DIREKTIVE I OPŠTEG PRINCIPA ZABRANE STAROSNE DISKRIMINACIJE

III

HORIZONTALNO NEPOSREDNO DEJSTVO DIREKTIVE I OPŠTEG PRINCIPA ZABRANE STAROSNE DISKRIMINACIJE

Mada je sa presudom u predmetu „Lisabon“ SUS potvrdio da je preispitivanje akata organa EU rezervisano za slučajeve „očiglednog prekoračenja“ nadležnosti, signal koji je tada uputio mnogi su tumačili kao jasnu želju da igra aktivniju ulogu u evropskim pravnim poslovima, a postojale su i najave „sudskog rata“ i nastanak nepredvidivih problema za pravni poredak EU. U tom kontekstu, sporovi koji su usledili i koje je i SUS rešavao trebalo je da pokažu da li će SUS omekšati projekat nacionalne ustavne kontrole ili će mu dati novi kredibilitet u praksi. Pri rešavanju navedene dileme, u kojoj je pored SUS učestvovao i ESP, izneta su interesantna pravna tumačenja više instituta koji utiču i na evropsko i na nacionalno pravo, kao što su primat prava i nacionalna *ultra vires* kontrola, direktno dejstvo direktiva i opštih principa zabrane starosne diskriminacije, itd.

1. 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 one ne sadrže 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.¹³⁷

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 orijentacija; (2) U oblasti primene ugovora i bez povrede bilo koje njegove posebne odredbe, svaka diskriminacija na bazi državljanstva se zabranjuje.“¹³⁸ Povelja je stekla pravnu snagu sličnu Ugovorima, što daje privatnim licima moć da se pozovu na nju u privatnim sporovima.¹³⁹

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 br. 1999/70 uvodi okvirni sporazum o ugovorima o radu na određeno vreme, i ona zahteva od država članica da uvedu mere za sprečavanje eventualnih zloupotreba tih ugovora (npr. putem sukcesivnog sklapanja ugovora na određeno vreme, član 5), i da obezbede mere koje će sprečiti da njena implementacija posluži kao osnov za redukciju opšteg nivoa zaštite radnika (član 8.3).¹⁴⁰

Direktiva Saveta br. 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”; član 2).¹⁴¹

¹³⁷ Član 19.1. UFEU (ex-13 UEZ).

¹³⁸ Revidirana verzija člana 21.1 Povelje.

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ Council Directive 2000/78, Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, 2000 OJ L 303, član 2.1.

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” (član 6.1). 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 javne organe, u pogledu: ... (c) zapošljavanja i uslova rada, uključujući otpuštanje i plaćanje”.¹⁴² Direktiva Saveta br. 2000/78 je trebalo da bude implementirana do početka decembra 2003. godine, ali je Nemačka iskoristila opciju produženja perioda implementacije za još 3 godine, pa je za nju vreme transpozicije ove 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 vezanih za ovu materiju. To je, najpre, nemački *Opšti zakon o jednakom tretmanu*, kojim se u nacionalno pravo uvodi Direktiva br. 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 različiti tretman na bazi godina — ako je on objektivno i razumno opravdan legitimnim ciljem, a sredstva njegovog ostvarenja jesu odgovarajuća i nužna.¹⁴³

Pravni kontekst predmeta koji se dalje 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

¹⁴² Članovi 2.2(a), 6.1, 3(1):6 Direktive 2000/78 .

¹⁴³ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, *Bundesgesetzblatt*, BGBl. I Nr. 39, 17. 08. 2006; paras 1, 2 i 10.

ugovor o radu bez opravdanog obrazloženja razloga tog oročenja, dok je u predmetu Kučukdeveći 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: *Zakonom o radu na skraćeno i određeno vreme* (2000), i *Građanskim zakonikom*.

U prvom slučaju, nemački zakon o radu, tj. *Zakon o radu na skraćeno i određeno vreme* iz 2000. godine, tražio je objektivno opravdanje za ograničavanje perioda trajanja ugovora o radu za radnike sa preko 58 godina starosti.¹⁴⁴ 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 br. 2000/78.

U drugom slučaju, zakon vezan za objavljivanje perioda za otpuštanje, tj. *Građanski zakonik* (2002), 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 20 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.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen, *Bundesgesetzblatt*, BGBl. I S 1966, 21. 12. 2000.

¹⁴⁵ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002, *Bundesgesetzblatt*, BGBl. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 I S. 738. U paragrafu 622. ovog Zakona propisuje se da, ukoliko zaposleni daje otkaz, otkazni period iznosi 4 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.

U oba sporna predmeta, 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“, odnosno horizontalnog direktnog dejstva principa zabrane diskriminacionog i, *de facto*, Direktive iz ove oblasti.

2. SLUČAJ MANGOLD VS. HELM (2005) PRED SUDOM PRAVDE EU

Spor u predmetu „Mangold“ iz 2005. godine, koji se ticao radnih odnosa između privatnih strana — nemačkih državljana, dospao je i do ESP radi dobijanja odluke o prethodnom pitanju.¹⁴⁶ ESP je svoju jurisdikciju tada zasnovao na generalnom pricipu zabrane starosne diskriminacije, koji je uobličen Direktivom Saveta o jednakom tretmanu (2000). Međutim, period koji je bio propisan za implementaciju Direktive u domaće pravo nije bio istekao niti u vreme kada je odluka ESP bila izrečena, niti kada je zaključen sporni radni ugovor. Sa presudom Mangold ESP je *de facto* potvrdio horizontalno direktno dejstvo direktive i opšteg principa zabrane starosne diskriminacije u državama članicama. ESP se kritikuje zato što je na nov način izašao izvan svojih nadležnosti, i što je u krajnjem postavio još jedan način zaobilazanja doktrine horizontalnog dejstva, ovoga puta u oblasti zapošljavanja koja je, uglavnom, do sada bila u nadležnosti država članica EU.

2.1. Činjenice i pravni kontekst spora

Pred radnim sudom u Minhenu (nem. *Arbeitsgericht München*) sredinom 2003. godine pokrenut je postupak u sporu „Mangold

¹⁴⁶ Nešto izmenjena verzija sličnog naslova u: Žaklina Novičić, „Direktna i horizontalna primena direktive i opšteg principa zabrane starosne diskriminacije – Slučaj Mangold vs. Helm (2005)“, *Evropsko zakonodavstvo*, 2010, br. 33-34/10, str. 234-245.

protiv Helma“ (u daljem tekstu Mangold), u kojem je nemački državljanin Verner Mangold (*Werner Mangold*), tada 56 godina star, svega nekoliko nedelja po zaključenju ugovora o radu na određeno vreme protiv tužene strane — preduzeća za isporuku automobila (adv. *Rüdiger Helm*), pokrenuo postupak preispitivanja zakonitosti vremenskog oročenja njegovog radnog odnosa. Povodom ovog spora, i s obzirom na njegov konfliktni pravni kontekst (kolizija nacionalnog i evropskog zakona), Radni sud iz Minhena obratio se Sudu pravde EU tražeći odluku o prethodnom pitanju da li su odredbe nacionalnog zakona koje dozvoljavaju oročenje ugovora o radu sa radnicima starijim od 52 godine (Zakon o radu na skraćeno i određeno vreme iz 2000) u skladu sa komunitarnim pravom.

U žalbenim navodima gospodina Mangolda navodi se da se u njegovom slučaju radi o jasnoj starosnoj diskriminaciji prema Direktivi o jednakom tretmanu. ESP je izdao preliminarno mišljenje krajem 2005. godine (22. novembar).¹⁴⁷ U ovoj vrlo kontroverznoj i kritikovanoj presudi, ESP zauzima stav da treba staviti van snage nacionalne mere koje su u suprotnosti sa evropskim direktivama i opštim principom zabrane starosne diskriminacije. Dakle, odredbe nacionalnog zakona u okviru nemačke reforme tržišta rada predstavljale su kršenje Direktive o jednakom tretmanu, iako je Nemačka imala vremena do kraja 2006. godine da direktivu inkorporira u nacionalno pravo. ESP je odnosne odredbe nemačkog Zakona o radu proglasio diskriminativnim i nevažećim, i to na bazi opšteg principa i direktive koja nije bila implementirana. Kao rezultat, s obzirom na to da se ovde radi o privatno-pravnom odnosu, ova presuda je direktno uticala na odnose između pojedinaca (direktno horizontalno dejstvo).

¹⁴⁷ C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 22 November 2005, Reference for a preliminary ruling: Arbeitsgericht München – Germany, European Court reports, 2005, Page I-09981.

2.2. Rezime presude

Osnovni nalazi Evropskog suda pravde u predmetu Mangold, mogu se rezimirati na sledeći način.

a) U pogledu *jurisdikcije* za preliminarni postupak; ESP je pozvan da odgovori na prethodno pitanje od strane nacionalnog suda, koji je sam direktno upoznat sa činjenicama predmeta. Kada se pitanje koje 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. U obrazloženju svoje nadležnosti ESP se poziva na „duh saradnje“ koji mora da prevagne u procedurama pribavljanja odluke o prethodnom pitanju, što zahteva i od nacionalnih sudova da, sa svoje strane, uzmu u obzir funkciju poverenu Sudu pravde da „doprinosi administriranju pravde u državama članicama, a ne da izdaje mišljenja o opštim ili hipotetičkim pitanjima“.¹⁴⁸

b) U vezi *Direktive iz 1999. godine*, ESP kaže da njena odredba (član 5) nije relevantna za ishod spora pred nacionalnim sudom, zato što se spor odnosi na jedan pojedinačni ugovor o radu, a ne na „sukcesivno korišćenje više ugovora na određeno vreme“.¹⁴⁹ Osim toga, odredba *Direktive iz 1999. godine* kojim se stavlja na snagu Okvirni sporazum o oročenim ugovorima o radu (član 8.3) ne zabranjuje da se unutrašnjim zakonom smanje godine starosti iznad kojih se mogu zaključivati ugovori na određeno vreme i bez objektivnog opravdanja; međutim, ovom članu nije protivan nacionalni zakon koji se ne opravdava potrebom primene Okvirnog ugovora, nego razlozima sasvim posebne potrebe da se ohrabri zapošljavanje starijih osoba u Nemačkoj.¹⁵⁰

c) Što se tiče *Direktive iz 2000. godine* (član 6.1) Sud podseća da je njena svrha da postavi generalni okvir za sprečavanje diskriminacije

¹⁴⁸ C-144/04, paras 34-36.

¹⁴⁹ Ibidem, paras 41-43.

¹⁵⁰ Ibidem, paras 48-49, 52-54.

u zapošljavanju na bazi, između ostalog, godina starosti. Međutim, ona dozvoljava „objektivno i razumno” opravdanje pravljenja razlike u tretmanu na osnovu godina starosti koje je opravdano legitimnim ciljem, uključujući legitimnu politiku zapošljavanja, tržišta rada i ciljeva profesionalne obuke, i ako su sredstva ostvarenja tog cilja „pogodna i nužna”.¹⁵¹ Nacionalni Zakon o radu (član 14.3) uvodi razliku u tretmanu direktno na bazi godina, time što dozvoljava poslodavcu da zaključi, bez restrikcija, ugovor na određeno vreme sa radnikom starijim od 52 godine života. ESP zaključuje da je iz dokumenata jasno da je svrha tog Zakona postavljena kao „unapređenje profesionalne integracije nezaposlenih starijih radnika“ (ukoliko oni imaju značajne teškoće u nalaženju posla). Legitimnost takvog cilja javnog interesa ne može se razumno dovoditi u sumnju, prema ESP. Po pravilu se, dakle, mora smatrati da cilj takve vrste opravdava razlike u tretmanu na bazi godina koje države članice postavljaju „objektivno i razumno”.¹⁵²

d) S obzirom na „*pogodna i nužna sredstva*” u opravdanju razlike u tretmanu, ESP kaže da, shodno trenutnoj formulaciji odredbe, države članice EU uživaju široku diskreciju u izboru sredstava u oblasti socijalne politike i politike zapošljavanja.¹⁵³ Međutim, ako primena odnosnog unutrašnjeg zakona, kako je istakao nacionalni sud, „dovodi do situacije u kojoj svim radnicima koji su napunili 52 godine života, bez razlikovanja u pogledu toga da li su bili zaposleni pre nego što je ugovor zaključen ili nisu, i bez obzira na trajanje nekog perioda nezaposlenosti, sve do godine kada stiču pravo na penziju, mogu zakonski da se ponude ugovori o radu na određeno vreme koji se mogu obnavljati neograničeni broj puta”. To znači da je veliki broj radnika, determinisanih jedino na bazi godina, tokom suštinskog dela radnog veka u opasnosti da bude

¹⁵¹ Prema članu 6.1.2. Direktive, ove razlike mogu da uključe, između ostalog, postavljanje specijalnih uslova za prijem na rad i profesionalnu obuku, zaposlenje za mlade ljude, za starije radnike i lica sa odgovornostima za negu, da bi se promovisala njihova profesionalna integracija ili da bi se obezbedila zaštita i da bi se fiksirale godine starosti u nekim specijalnim uslovima.

¹⁵² C-144/04, paras 56-61.

¹⁵³ Ibidem, paras 62-65.

izuzet od beneficija stabilnog zaposlenja, kaže ESP, i dodaje da stabilno zaposlenje predstavlja glavni element u zaštiti radnika (kako je to jasno istaknuto u Okvirnom ugovoru o oročenom vremenu zapošljavanja). Zbog toga, ESP zaključuje da izvan „pogodnog i nužnog”, radi postizanja legitimnih ciljeva, ostaje situacija kada se godine starosti radnika uzimaju kao jedini kriterijum za zaključivanje ugovora o radu na određeno vreme, i pri tome se ne pokaže da je utvrđivanje tog starosnog praga, samo po sebi i nevezano 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. Uvažavanje principa proporcionalnosti zahteva da svaka derogacija individualnih prava pomiri, što je više moguće, zahteve principa jednakog tretmana sa ciljevima kojima se teži.

e) S obzirom na *tranzicioni period*, 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. Zatim, sama činjenica da pravila domaćeg zakona ističu krajem decembra 2006, samo nekoliko nedelja nakon datuma do kog Nemačka treba da transponuje Direktivu u unutrašnje norme, nije sama po sebi odlučujuća.¹⁵⁴ Država članica koja, izuzetno, uživa produženi period implementacije, postepeno mora da preduzme konkretne mere u svrhu prilagođavanja propisanim ciljevima direktive, što ne bi bilo potrebno da je toj članici dozvoljeno da, tokom perioda implementacije, usvaja mere nesaglasne sa ciljevima tog akta. Sa druge strane, značajan broj radnika među kojima i Mangold, već su bili napuniti propisani broj godina starosti i time su potpali pod posebna pravila Zakona o radu (čl. 14.3), uz posledicu da je ta grupa lica postala definitivno izuzeta iz garantovanja stabilnog zaposlenja putem upotrebe ugovora na određeno vreme, bez obzira na činjenicu da će starosni uslov fiksiran na 52 godine prestati da se primenjuje krajem 2006.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Ibidem, paras 67-69.

¹⁵⁵ Ibidem, paras 72-73.

f) U pogledu *principa zabrane starosne diskriminacije*, on se mora smatrati opštim principom komunitarnog prava, prema ESP. Pored toga, Direktiva o jednakom tretmanu sama po sebi ne postavlja princip jednakog tretmana u oblasti zapošljavanja i rada. Zapravo, sama svrha Direktive je da postavi generalni okvir za suzbijanje diskriminacije na osnovu veroispovesti ili uverenja, invaliditeta, starosti i seksualne orijentacije, što je izvor i aktuelnog principa koji podupire zabranu onih formi diskriminacije koje se nalaze u raznim međunarodnim ugovorima i u ustavnim tradicijama zajedničkim državama članicama. Princip zabrane starosne diskriminacije mora se smatrati opštim principom komunitarnog prava, zaključuje ESP.¹⁵⁶

g) Prema tome, poštovanje *opšteg principa jednakog tretmana*, posebno u pogledu godina starosti, ne može se, kao takvo, uslovljavati istekom vremena koji je državama dozvoljeno za implementaciju direktive koja postavlja generalni okvir za sprečavanje diskriminacije na bazi godina, posebno ako se radi o organizaciji odgovarajućih pravnih lekova, teretu dokazivanja, zaštiti protiv viktimizacije, socijalnom dijalogu, afirmativnoj akciji i drugim specifičnim merama implementacije 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. Komunitarno pravo se mora tumačiti tako da zabranjuju da se odredbama unutrašnjeg prava, kao što je ova u postupku Mangold, daju ovlašnja bez restrikcija za zaključivanje oročenih ugovora o radu kada jednom radnik napuni 52 godine života.¹⁵⁷

2.3. Komentari i kritika presude

Za Mangold presudom ESP usledila je snažna kritika prikazanog tumačenja, pre svega u pravnoj doktrini i javnosti same Nemačke. Razlog je ne samo to što je ESP potvrdio stav da komunitarno pravo

¹⁵⁶ Ibidem, paras 74-78.

¹⁵⁷ Ibidem, par. 78.

poništava odredbe nemačkog Zakona o radu, koji spada u socijalno-ekonomsku politiku koja je u nadležnosti država članica. Odluka ESP u predmetu Mangold posebno je kontroverzna zbog toga što period implementacije Direktive o jednakom tretmanu iz 2000. još nije bio istekao u Nemačkoj (ni u vreme zaključivanja ugovora o radu, ni u vredme izricanja presude), što dovodi do toga da se, u krajnjem, neimplementirana direktiva ima direktno primenjivati u horizontalnom scenariju, tj. u odnosima između pojedinačnih privatnih lica. Zatim, novu paradigmu predstavlja i priznanje direktnog horizontalnog dejstva *opšteg principa* zabrane starosne diskriminacije, izvedenog iz, kako se navodi, zajedničke opšte prakse država članica i međunarodnih ugovora.

Zbog svega navedenog, presuda ESP u predmetu Mangold smatra se radikalnom i veoma spornom paradigmatском promenom. Ona je izazvala žestike komentare, do toga da iznete konstatacije ESP predstavljaju „čiste fabrikacije“ i „avanturističke konstrukcije“.¹⁵⁸ Kritičari kažu da ESP sve više iznenađuje svojim presudama, da gubi poverenje koje je uživao, i da dovodi do velikih problema u sudskom odlučivanju u EU. Mangold presuda je, dakle, sporna na više načina, a u krajnjoj liniji najproblematičnije je to što nije jasno da li ESP, u ovom slučaju, deluje kao sudska vlast ili kao zakonodavac koji inovira pravo EU upućivanjem na međunarodne ugovore i zajedničku ustavnu tradiciju. I samo obrazloženje za takav prodor je novo: ideja da direktiva otelotvoruje prethodno postojeći generalni princip i da, stoga, nacionalni sudovi moraju da stave van snage nacionalni zakon čak i ako period implementacije direktive nije istekao. To obrazloženje, međutim, nije ubedljivo i smatra se da zabrinjavajuće utiče na i inače dosta zapetljanu oblast

¹⁵⁸ Videti npr.: Roman Herzog and Lüder Gerken, “Stop the European Court of Justice“, *Euobserver*, 10.09.2008, <http://euobserver.com/9/26714>; Marlene Schmidt, “The Principle of Non-discrimination in Respect of Age: Dimensions of the ECJ’s Mangold Judgment“, *German Law Journal*, Vol. 07 No. 05, 2005, pp. 505-524; Jubst-Hubertus Bauer & Christian Arnold, “Auf Junk folgt Mangold – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 59/6, 2006.

zapošljavanja. U daljem tekstu se posebno razmatraju navedene sporne tačke presude ESP.

2.3.1. Direktno horizontalno dejstvo direktive tokom prelaznog perioda

Prema Osnivačkim ugovorima, direktive EZ ne obavezuju države članice direktno, nego preko nacionalnih zakona o prenosu koji najpre stvaraju prava i obaveze za građane. Nacionalnim zakonodavstvom se određuju oblik i metode sprovođenja direktive. U Nemačkoj je još uvek trajao period tranzicije kada je doneta Mangold presuda, što znači da Nemačka još uvek nije imala obavezu da primeni Direktivu o jednakom tretmanu. Pored toga, u Nemačkoj je bio usvojen Zakon o radu koji smanjuje starosni limit za oročenje ugovora o radu bez obrazloženja, i on bi i onako isteklo krajem 2006. godine. ESP je ipak odlučio da ne treba primenjivati mere nemačke reforme tržišta rada, odnosno proglasio ih je ništavim i nevažećim. Posledica toga je 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 dalju posledicu ima i materijalnu štetu nanetu odnosnim preduzećima koja su zapošljavala te radnike.

Predmet Mangold nije bio prvi slučaj u kojem se ESP bavio primenom direktive pre isteka perioda implementacije, ali on sada zauzima stav suprotan ranijem. Direktive su, inače, smatrane komunitarnim aktima koji uvode obaveze isključivo za države članice: obavezujuća priroda direktive, koja je osnova za mogućnost oslanjanja na direktivu pred nacionalnim sudom, postoji samo u odnosu na državu članicu kojoj je upućena. Direktiva sama ne uvodi obaveze za pojedince i na nju se ne može pozivati u sporovima protiv pojedinaca. Od država članica se traži, ipak, da se tokom perioda implementacije uzdrže od preduzimanja mera koje mogu ozbiljno da ugroze ostvarenje rezultata propisanih direktivom. Međutim, pojedinci ne mogu da se pozovu na tu direktivu protiv države članice pred nacionalnim sudovima da bi

tražili da se ne primenjuje prethodno usvojeni nacionalni zakon koji nije u skladu sa direktivom. Ako to pojedinci ne mogu da urade protiv države, još manje to mogu da urade protiv drugih privatnih lica, kao što je to bio slučaj u predmetu Mangold. Direktiva o jednakom tretmanu *de facto* sprečava pojedince da se oslanjaju na prava iz nacionalnog zakona i, čak, uvodi obaveze za njih, što je veoma nesaglasno sa dosadašnjom sudskom praksom samog ESP o nepostojanju horizontalnog direktnog dejstva direktiva. Tako nalazi iz Mangold presude ESP predstavljaju, u krajnjem, način zaobilaženja doktrine horizontalnog direktnog dejstva. Ali, „najrevolucionarniji aspekt ove presude” tek sledi: osnov zabrane starosne diskriminacije nije sama Direktiva o jednakom tretmanu, nego je izvor te zabrane opšti princip komunitarnog prava.¹⁵⁹

2.3.2. Direktno horizontalno dejstvo opšteg principa

Presudom u predmetu Mangold, ESP je uveo novi mehanizam zaobilaženja doktrine direktnog horizontalnog dejstva (tj. neprimenjivanja iste u slučaju direktiva). To je jednak tretman kao opšte pravilo komunitarnog prava, i oko njega ESP razvija drugu liniju rezonovanja u opravdanju odstupanja od ustanovljene sudske prakse. ESP sada opravdava oslanjanje na Direktivu i pre isteka perioda implementacije, i to važi i za aktivnosti između privatnih lica. Dakle, direktiva sama možda i ne uvodi obavezu za pojedince, kako kaže ESP, ali ona je rezultat primene jednog opšteg principa, te zbog toga primena opšteg principa ne može biti uslovljena istekom perioda implementacije. Ovo obrazloženje predstavlja doktrinarno i praktično najveći pomak u Mangold presudi, jer se uvode obaveze za pojedince u horizontalnom scenariju i to pre isteka perioda implementacije. ESP je, dakle, „otkrio” opšti princip zabrane diskriminacije koji sprečava da se i postavi pitanje direktne primene direktive.

¹⁵⁹ Videti npr: Olga Thomas, “Case Commentary: Mangold v Helm”, op. cit., pp. 233–242; Marlene Schmidt, “The Principle of Non-discrimination in Respect of Age”, op. cit., pp. 505–524.

U obrazloženju presude, ESP navodi „ustavnu tradiciju zajedničku državama članicama” i „različite međunarodne ugovore” kao osnov zabrane starosne diskriminacije. Međutim, kako su odmah istakli kritičari ove presude, činjenica je da su samo dve od 25 država članica (Finska i Portugal) tada imale zakonske reference o ovoj zabrani u oblasti zapošljavanja, i čak nijedan međunarodni ugovor. Verovatno zbog toga i sam ESP nije preciznije obrazložio ovaj deo presude i naveo neke dokaze u prilog zaključku. Pored svega, ESP identifikuje generalni princip u „trećoj i četvrtoj izreci iz preambule Direktive o jednakom tretmanu” koji, interesantno, ne pominju posebno starosnu diskriminaciju, nego navode diskriminaciju prema religiji, invaliditetu i seksualnoj orijentaciji.¹⁶⁰ Konačno, postavlja se i pitanje granica principa zabrane diskriminacije u pogledu navedenih oblasti: da li se, dakle, princip odnosi i na oblasti diskriminacije koje jesu navedene u direktivi o jednakom tretmanu (u horizontalnim scenarijima)?

2.3.3. Generalna nadležnost za socijalnu i politiku tržišta rada

Socijalno-ekonomska politika još uvek je pretežno u nadležnosti država članica EU. U predmetu Mangold vidimo da se radi o poslovima koji se tiču pristupa zapošljavanju i radnim uslovima, jednakog tretmana u zapošljavanju u obavljanju posla, i oročenja ugovora o radu. To su pitanja socijalne politike i politike tržišta rada. Tako se sada preko principa zabrane diskriminacije (oblasti ljudskih prava) prodire u nadležnosti koje se, uglavnom, nacionalno vrše. Mangold presuda pokazuje do koje mere se EU regulative i jurisdikcija mešaju u ključne nadležnosti država članica. Na ovu kritiku ukazivao je posebno bivši predsednik Nemačke i bivši sudija nemačkog Saveznog ustavnog suda Roman Hercog (*Roman Herzog*). On postavlja još i dalje sumnje u pogledu ovog slučaja: „Čak iako Ugovori dozvoljavaju da EU reguliše zabranu

¹⁶⁰ C-144/04, par. 74.

diskriminacije, pitanje je zašto EU uopšte reguliše starosnu diskriminaciju na tržištu rada? Prema principu supsidijarnosti, EU može da preuzima neke aktivnosti samo onda kada ima bolja rešenja za probleme od država članica. Prema postojećem pravu, osnovni kriterijum za to je da li se radi o problemu koji ima prekogranični uticaj. Međutim, starosna diskriminacija nema prekograničnu relevantnost, što Sud ignoriše.¹⁶¹

2.4. Zaobilaženje doktrine direktnog dejstva

Premošćavanje nepostojanja horizontalnog direktnog dejstva direktiva, putem priznanja direktnog dejstva odgovarajućih opštih principa, naširoko je kritikovana praksa ESP od predmeta Mangold na ovamo. Ovaj slučaj stavlja se i u širi kontekst „promišljenog i sistematičnog ignorisanja fundamentalnih principa zapadnog tumačenja prava, putem izjava baziranih na nemarnoj argumentaciji, na ignorisanju volje zakonodavca, ili čak i njenom preokretanju u suštu suprotnost i izmišljanju pravnih principa koji služe kao osnov za kasnije presude“.¹⁶² Roman Hercog iz takve prakse ESP izvodi direktan zaključak: da ESP nije pogodan za ulogu kontrolora supsidijarnosti u poslednjoj instanci, niti kao zaštitnik interesa država članica. Drugo, dodaje bivši sudija nemačkog SUS, takva jurisdikcija ESP koja je naklonjena Uniji, dovodi do situacije da se povećavaju oblasti gde ESP može da presuđuje, da zamenjuje nacionalne sudove, i da neprestano stiče sve veći uticaj. „Tu generalnu tendenciju ne menja ni povremena razumna obzirnost u presudama ESP koje se usvajaju da bi služile kao sedativi za rastuće nezadovoljstvo država“. Zato je Hercog tvrdio da je od apsolutno vitalne važnosti da se uvede jedan nezavisan sud koji bi se bavio nadležnostima. „ESP je stvoren da bi bio arbitar i medijator

¹⁶¹ Roman Herzog and Lüder Gerken, “Stop the European Court of Justice“, op. cit.

¹⁶² Ibidem.

u interesima EU i interesima država, pretpostavka je bila da će on biti nepristrasan, da neće zloupotrebiti to poverenje.¹⁶³

Ovakvu savremenu aktivnost ESP, koja se smatra sve više političkom,¹⁶⁴ budno je pratio i nemački Savezni ustavni sud, jedan od najvažnijih i najkonzervativnijih nacionalnih ustavnih sudova u Evropi, tim pre što je Mangold predmet potekao iz Nemačke gde je trebalo i da dobije epilog pred nacionalnim radnim sudovima. U nastavku se taj proces zakomplikovao i dospeo, konačno, i do samog Saveznog ustavnog suda Nemačke koji je konačno doneo presudu kojom potvrđuje tumačenje ESP u slučaju Mangold (jul/avgust 2010). Time je izazvana nova runda preispitivanja paradigmatiskih promena uvedenih predmetom Mangold, ali i novi krug kritika na njen račun.

3. SLUČAJ MANGOLD/HONEYWELL PRED SUS (2010)

Nemački SUS objavio je (26.08.2010) dugo očekivanu presudu u veoma kontroverznom slučaju *Honeywell*, koja se ticala pitanja da li je ESP prekoračio nadležnost u čuvenom *Mangold* predmetu (22.11.2005) i da li je SUS, zbog toga, trebalo da navedenu odluku ESP proglasi *ultra vires* aktom. SUS je sada potvrdio *Mangold* presudu ESP, ali je još jednom potvrdio i to da on daje konačnu reč kada se presuđuje o *ultra vires* aktima institucija EU.¹⁶⁵

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Videti: Michelle Everson, "Is the European court of justice a legal or political institution now?", *Guardian*, 10 August 2010; Margarida Vasconcelos, "The ECJ has developed a new doctrine", *Bill Cash`s European Journal*, 5 February 2010. Internet, http://europeanjournal.typepad.com/my_weblog/2010/02/the-ecj-has-developed-a-new-doctrine.html, 10/02/2010.

¹⁶⁵ Nešto izmenjena verzija ovog naslova u: Žaklina Novčić, „Preispitivanje *ultra vires* akta Evropskog suda pravde – Slučaj Mangold/Honeywell“, 2010, *Evropsko zakonodavstvo*, br. 33-34/10, str. 246-274.

3.1. Kontekst i razvoj predmeta

U predmetu Mangold protiv Helma iz 2005. godine, Evropski sud pravde je presudio u korist podnosioca tužbe — da je, iz perspektive evropskog prava, nezakonito oročen njegov ugovor o radu na osnovu njegove starosne dobi, što je bilo u skladu sa nacionalnim zakonom, ali protivno evropskoj Direktivi o jednakom tretmanu (2000). Ta Direktiva još uvek nije bila na snazi u Nemačkoj, ali ESP je zasnovao njeno važenje na opštem principu zabrane starosne diskriminacije, kao delu zajedničke tradicije država članica i međunarodnih ugovora, te se ta direktiva imala primenjivati bez obzira na to što još nije prošao period implementacije.

Po izricanju odluke ESP o prethodnom pitanju 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. Međutim, slučaj se dalje zakomplikovao kada se tužilac, napre, obratio Radnom sudu u Libeku (nem. *Arbeitsgericht Lübeck*) koji je odbio njegov zahtev da proglasi nevažećim oročenje ugovora o radu i da utvrdi da ugovorni odnos nije prestao sa istekom naznačenog vremenskog roka (presuda 11.3.2004). Obrazloženje je bilo da tužilac ne može da se pozove na direktno dejstvo direktive u odnosima između pojedinaca. Tužilac se dalje obratio sledećoj pravnoj instanci, radnom sudu u pokrajini Šlezvig-Holštajn (nem. *Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein*) koji je, takođe, odbio njegov zahtev uz obrazloženje da je odnosna Direktiva nedovoljno pouzdana i određena u smislu sadržaja (presuda 22.6.2004).¹⁶⁶

Konačno, tužilac se obratio Saveznom radnom sudu (nem. *Bundesarbeitsgericht*), gde je na njegov apel odgovoreno na bazi presude Mangold ESP-a (presuda Saveznog radnog suda – SRS, od

¹⁶⁶ Videti više: Internet: *Arbeitsrecht Online*, Internet: http://www.hensche.de/Rechtsanwalt_Arbeitsrecht_Urteile_Altersdiskriminierung_Befristung_BAG_7AZR500-04.html

26.04.2006).¹⁶⁷ U najkraćem, SRS je zaključio da radni odnos između stranaka nije bio okončan istekom ugovorenog vremena; da nacionalni zakon ne može da bude opravdanje za oročenje ugovora radnicima starijim od 52 godine života bez odgovarajućeg obrazloženja, i da on nije u skladu sa komunitarnim pravom. Starosnu diskriminaciju u zapošljavanju zabranjuje komunitarni princip jednakog tretmana kao deo opšteg principa zabrane diskriminacije, koji je jedan od fundamentalnih komunitarnih pravila, i na njega se mogu pozivati privatna lica pred nacionalnim sudovima. SRS je, međutim, ostavio otvorenim pitanje da li je zabrana starosne diskriminacije do sada bila eksplicitno navedena u obavezujućim važećim međunarodnim ugovorima i u većem broju ustava država članica (to „može biti tačno“), ali uprkos tome, on kaže da nije isključeno izvođenje takve zabrane iz otvoreno izrečenih elemenata i putem parcijalnog razvoja prava. U krajnjem, kao pravni osnov za primenu direktive unapred SRS navodi princip lojalnosti, tj. princip lojalne saradnje država članica propisan Ugovorima.¹⁶⁸

Nakon presude Saveznog radnog suda usledila je akcija poslodavca (preduzeće *Honeywell*), koji se sada obratio nemačkom Saveznom ustavnom sudu (SUS) podnošenjem ustavne žalbe. Podnosilac ustavne žalbe osporavao je presudu Saveznog radnog suda po dva osnova, naime, on tvrdi da je dvostruko povređena njegova ugovorna sloboda garantovana nemačkim Ustavom (tzv. Osnovnim zakonom)¹⁶⁹: 1) nedozvoljenim daljim razvojem prava od strane ESP, tj. zasnivanjem presude SRS na presudi ESP, koji je pritom prekoračio granice svojih nadležnosti, tj. preuzeo je nadležnosti u pogledu radnih odnosa između privatnih lica u Nemačkoj; 2) time što mu nije data dovoljna Ustavnom garantovana zaštita legitimnih očekivanja („pravna sigurnost“). Na kraju, SUS je tada odbacio ustavnu žalbu kao neosnovanu i

¹⁶⁷ Bundesarbeitsgericht, Urteil 7 AZR 500/04, 26.04.2006.

¹⁶⁸ Član 4.3(3) Ugovora o EU (UEU).

¹⁶⁹ Grundgesetz, Art. 2.1, 12.1, 20.3.

neprihvatljivu (jul/avgustu 2010), i time potvrdio presudu Saveznog radnog suda i, sa njom, odluku o prethodnom pitanju ESP-a u predmetu Mangold.¹⁷⁰

Presudom u slučaju *Mangold/Honeywell* uvodi se presedan u vidu direktnog horizontalnog dejstva direktive i opšteg principa zabrane starosne diskriminacije. Direktno dejstvo ovog principa potvrđeno je u toku razvoja ovog procesa usvojenom Poveljom o osnovnim pravima EU (2007), ali je sporan period pre toga tokom implementacije direktiva protiv diskriminacije u Nemačkoj (2003-2006).

Uglavnom, spor *Mangold/Honeywell* prošao je niz sudova: inicijalni je proizašao iz privatne tužbe pred osnovnim radnim sudom (Minhen), dospao do ESP, vratio se nacionalnim radnim sudovima (Libek i Šlezvig-Holštajn, i SRS), i dospao do nemačkog Saveznog ustavnog suda (SUS). Dakle, ukupno šest sudskih instanci. Pravni kontekst razvoja ovog spora se, takođe, razvijao dinamično, a na njega su — od iniciranja postupka 2003. godine do epiloga 2010. godine — uticale dve pominjane evropske direktive i jedan nacionalni zakon, pored jedne opšte ugovorne odredbe, kao i Povelje o osnovnim pravima koja je u međuvremenu stupila na snagu.

3.2. Rezime i osnovni stavovi presude SUS

Presuda nemačkog SUS mogla bi, uslovno, da se svede na sledeće dve grupe argumentacije. Osim što je potvrdio presudu SRS, a time i ESP, SUS je dalje definisao uslove pod kojima se vrši *ultra vires* kontrola. Konkretnije, SUS je odlučio da:

a) Ugovorna sloboda podnosioca žalbe nije povređena. Presuda SRS nije zasnovana na prekoračenju nadležnosti i daljem nedozvoljenom razvoju prava od strane ESP. Odluka o prethodnom pitanju u vezi predmeta Mangold ne predstavlja *ultra vires* akt.

¹⁷⁰ Bundesverfassungsgericht, BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1 - 116), Internet: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html. Za kratki opis presude Saveznog radnog suda videti paras 33-38. Za žalbene navode videti paras 39-42.

Kontrolu *ultra vires* postupaka evropskih organa i institucija, SUS može da vrši samo na način koji je otvoren prema pravu EU. To znači da prekoračenje nadležnosti od strane evropskih organa SUS može da razmatra samo ako je to prekoračenje „dovoljno kvalifikovano”, što znači da je „očigledno” i da „dovodi do strukturalno značajne promene na štetu država članica u strukturi nadležnosti između njih i EU“, što u presudi za spor Mangold nije slučaj. SUS mora da se, u principu, prikloni odlukama ESP kao obevezujućim tumačenjima prava Unije kada kontroliše postupke organa i institucija EU. Pre sprovođenja *ultra vires* kontrole, treba dati priliku da ESP, ukoliko to već nije uradio u proceduri odlučivanja o prethodnom pitanju, protumači Ugovore i odnosni postupak.

U konkretnom sporu, izvođenje opšteg principa zabrane starosne diskriminacije ne predstavlja *ultra vires* akt, prema mišljenju SUS. Pri tome, i on ostavlja otvorenim pitanje da li se jedan takav princip može izvesti iz opšte ustavne tradicije i međunarodno-pravnih ugovora država članica. Ipak, čak i pod pretpostavkom da je došlo do daljeg razvoja prava koji više ne može da se opravda pravnom metodom, to predstavlja dovoljno kvalifikovanu povredu nadležnosti od strane ESP tek kada se njom i praktično uvode nove nadležnosti ili proširuju postojeće, što ovde, takođe, nije slučaj.

b) Pravna sigurnost podnosioca žalbe nije povređena. Uverenje da neki zakon i dalje važi može da potpadne pod uticaj ne samo retroaktivnog nalaza SUS, nego i retroaktivnog nalaza ESP o nevaženju tog zakona. U vezi sa retroaktivnim neprimenjivanjem nacionalnog zakona (kao posledici odluke ESP), prema SUS treba razmotriti da se na unutrašnjem nivou kompenzuje šteta zainteresovanoj strani koja je imala poverenje u nacionalni zakon i pravila planove zasnovane na tom poverenju.

3.3. Standardi procene ustavnosti i supsumcija

SUS polazi od doktrinarnog obrazloženja stavova, a zatim konkretan slučaj podvodi pod opšte standarde. U doktrinarnom delu

nalazi se njegovo objašnjenje *ultra vires* kontrole, i taj deo presude je najznačajniji pošto tu SUS unosi novine, dok u delu koju se tiče same zabrane starosne diskriminacije uglavnom preuzima nalaze ESP. SUS najpre objašnjava ustavnu zasnovanost principa ugovorne slobode, pitanja prvenstva prava EU, daljeg razvoja prava EU, prekoračenja nadležnosti i nacionalne *ultra vires* kontrole nadležnosti EU.

3.3.1. Ugovorna sloboda

SUS objašnjava ustavni princip slobode akcije, odnosno pravo na slobodno obavljanje posla, kao pravo da se ustanovi, strukturira i vremenski ograniči radni odnos podnošenjem izjava o namerama.¹⁷¹ Glavni izraz slobode akcije jeste ugovorna sloboda, generalno zaštićena pravom na slobodno razvijanje ličnosti. U oblasti profesionalne aktivnosti, opšta sloboda akcije — kao pomoćna (supsidijarna) u odnosu na druga prava na osnovu principa slobode, ipak ne može da se koristi kao standard kontrole.¹⁷² To posebno važi u oblasti zakona koji se tiče pojedinačnih ugovora o radu. SUS to objašnjava na sledeći način: „Sistem privatnog prava koji se obezbeđuje strukturom zakona, reguliše pravo ugovorne slobode, ne samo radi institucionalne zaštite tog prava, nego i u cilju zaštite socijalnih interesa strukturalno slabijih tržišnih učesnika, zbog čega zaključenje oročenih ugovora o radu ne može biti u potpunosti prepušteno na raspolaganje samim ugovornim stranama, i zbog čega se ono tradicionalno povezuje sa preduslovima koji treba da zaštite radnike. Oročeni ugovori o radu, naime, vode računa o potrebi profitabilnog delovanja kompanije — u smislu fleksibilnosti, ali za zaposlene na koje se ti ugovori odnose, radni odnosi putem oročenih ugovora ne daju samo mogućnost zaposlenja, nego donose i nesigurnost u pogledu održanja izvora prihoda. Zato

¹⁷¹ BVerfG, 2 BvR 2661/06, paras 49-52.

¹⁷² Član 12.1 nemačkog Osnovnog zakona garantuje tu slobodu.

država, koja prekoračuje princip slobode akcije, obezbeđuje zaštitu u ovom pogledu (...).¹⁷³ U konkretnom slučaju, sloboda ugovaranja podnosioca ustavne žalbe nije povređena, jer nacionalni zakon na koji se podnosilac ustavne žalbe poziva jeste bio diskriminativan i protivan evropskom pravu. Dokazujući navedeno, SUS se bavi pitanjima prvenstva prava EU, principa razgraničenja i prenosa nadležnosti na EU, i *ultra vires* kontrolom vršenja nadležnosti, itd.

3.3.2. *Prvenstvo primene, princip prenosa i ultra vires kontrola*

Zakon EU može uspešno da se razvija samo ako istisne zakon države članice koji mu protivreči, potvrđuje SUS.¹⁷⁴ Prvenstvo primene sledi iz prava EU, pošto EU ne bi mogla da postoji kao pravna zajednica ako se ne bi zaštitila uniformna delotvornost u državama članicama. Zakon države članice može da nastavi da se primenjuje na oblasti koje ostaju izvan primene prava EU. Suprotno tome, zakon države članice koji protivreči pravu EU, u principu, ne primenjuje se u oblastima u kojima se primenjuje odgovarajući zakon EU. Pored toga, nastavlja SUS, nadređenost prava EU je u skladu i sa Osnovnim zakonom, prema kojem suverena prava mogu da se prenesu na EU. Prenos suverenih prava je dozvoljen — ako to predviđaju i traže Ugovori — uz direktnu primenu unutar pravnih sistema država članica.¹⁷⁵ Zbog toga, prvenstvo primene sadrži obećanje efektivnosti i implementacije.

Međutim, iako SUS priznaje prvenstvo primene prava EU, on će dalje objasniti da postoji razlika između prvenstva primene saveznog prava u nemačkom pravnom sistemu, i prvenstva primene prava EU. Ovaj drugi koncept, naime, ne može biti sveobuhvatan, i tu SUS podseća na izvedeni karakter evropskog prava i uopšte EU: „Kao autonomno pravo, pravo EU ostaje zavisno

¹⁷³ BVerfG, 2 BvR 2661/06, par. 51.

¹⁷⁴ Ibidem, par. 53-58.

¹⁷⁵ Član 23.1 Osnovnog zakona.

od zadataka i ovlašćenja iz Ugovora. U širenju nadležnosti, organi EU ostaju zavisni od revizija ugovora koje sprovode države članice u okviru relevantnih ugovornih odredaba koje se na njih primenjuju i za koje one preuzimaju odgovornost. Važeći princip je princip prenosa. Zbog toga je SUS ovlašćen i obavezan da kontroliše da li se akti evropskih organa i institucija zasnivaju na očiglednom prekoračenju nadležnosti, ili na izvršenju nadležnosti u oblasti ustavnog identiteta koji nije prenosiv, i gde je na drugi način pogodno proglasiti neprimenjivost u nemačkom pravnom sistemu takvih akata koji prekoračuju nadležnosti. Obavezu SUS da teži tome da potkrepi dokazima žalbe o *ultra vires* aktu organa ili institucija EU, treba koordinirati sa zadatkom koji Ugovori prenose na ESP da tumači i primenjuje Ugovore, i da time štiti jedinstvo i koherentnost prava EU.¹⁷⁶

SUS je, dakle, svestan da, ako bi svaka država članica polagala pravo na to da preko svojih sudova odlučuje o primeni pravnih akata EU, nadređenost prava EU praktično bi se zaobilazila, i bila bi ugrožena uniformnost njegove primene. Sa druge strane, SUS kaže da, ako bi se države članice sasvim odrekle *ultra vires* kontrole, to bi značilo da ugovornom osnovom raspolažu samo organi EU, koji čak mogu da protumače zakon na taj način da praktični rezultat bude revizija ugovora ili proširenje nadležnosti. „To što u graničnim slučajevima mogućeg prekoračenja nadležnosti od strane organa EU — koji nisu česti, što bi se očekivalo na osnovu institucionalne i proceduralne opreznosti prava EU, perspektiva ustavnog prava i perspektiva prava EU nisu potpuno harmonizovane, zasluga je činjenice da su države članice i dalje gospodari ugovora i po stupanju na snagu Lisabonskog ugovora, i toga što prag za stvaranje federacije još uvek nije pređen“, objašnjava SUS. Tenzije koje se, u osnovi, mogu izbeći prema ovoj konstrukciji, zaključuje SUS, treba da se harmonizuju kooperativno u skladu sa

¹⁷⁶ BVerfG, 2 BvR 2661/06, paras 53-55. Za princip prenosa, prvi put uveden eksplicitno u Ugovore lisabonskom revizijom, videti član 5.1(1) i 5.1(2) UEU. Za raspravu o ustavnom identitetu Nemačke videti presudu SUS o ustavnosti Lisabonskog ugovora: BVerfGE 123, 267, paras 353-354.

idejom evropske integracije, ili ih treba umanjiti kroz uzajamno uvažavanje. *Ultra vires* kontrola može da se sprovodi samo na način koji je otvoren prema evropskom pravu. EU se, dakle, shvata kao pravna zajednica posebno ograničena principom prenosa i fundamentalnim pravima, koja poštuje ustavni identitet država članica. Prema pravnom sistemu Nemačke, priznaje se prvenstvo primene prava EU i mora se obezbediti da se kontrolna nadležnost, koja je Ustavom rezervisana za SUS, vrši samo na uzdržan način koji je otvoren prema pravu EU.¹⁷⁷

Za konkretnu *ultra vires* kontrolu, SUS potvrđuje da on mora da se povinuje presudi ESP kao, u principu, obavezujućem tumačenju prava EU. On još dodaje da pre prihvatanja preispitivanja *ultra vires* akta organa ili institucije EU treba dati priliku ESP da protumači Ugovore, kao i da iznese mišljenje o važenju i tumačenju odnosnih pravnih akata, u kontekstu procedure pribaljanja odluke o prethodnom pitanju. Sve dok ESP ne dobije priliku da to uradi, SUS ne može da proglasi zakon EU neprimenjivim u Nemačkoj. Zbog toga *ultra vires* kontrola može da se razmatra samo ako je očigledno da akti organa EU ostaju izvan prenetih nadležnosti. Povreda principa prenosa očigledna je samo ako su evropski organi prekoračili granice nadležnosti na način koji posebno krši princip prenosa, drugim rečima ako je povreda nadležnosti dovoljno kvalifikovana. To znači da postupak vlasti EU mora da prekoračuje nadležnosti očigledno, a sporni akt mora biti veoma značajan u strukturi nadležnosti između država članica i EU s obzirom na princip prenosa i obavezujuću prirodu zakona u vladavini prava.¹⁷⁸

SUS dalje objašnjava uslove daljeg razvoja, tj. konstrukcije prava EU od strane ESP. Naime, mandat da se pridržava prava u tumačenju i primeni Ugovora ne ograničava ESP na to da mora da deluje samo kao čuvar poštovanja odredaba Ugovora. ESP se ne sprečava u tome da poboljšava zakone sredstvima metodološki zasnovane sudske

¹⁷⁷ Ibidem, par. 57.

¹⁷⁸ Ibidem, par. 58-61. Kriterijum „očiglednosti“ SUS je uveo u presudi za Lisabonski sporazum: BVerfGE 123, 267 par. 353- 400. Za formulaciju „dovoljno kvalifikovan“, SUS upućuje na: Case C-472/00 P, *Fresh Marine*, Judgment of 10 July 2003, [2003] ECR I-7541, paras 26-27.

prakse.¹⁷⁹ Posebno ga u tome ne sprečava princip prenosa i struktura „asocijacije suverenih država” (nem. *Staatenverbund*) kakva je EU. Naprotiv, SUS ističe da dalji razvoj prava — sproveden unutar postavljenih granica, može u supranacionalnoj asocijaciji posebno da doprinese razgraničenju nadležnosti uz poštovanje fundamentalnih odgovornosti država članica prema Ugovorima kao i regulativnih nadležnosti zakonodavstva EU. On podseća da i primarno pravo eksplicitno predviđa da u pojedinim prilikama organi EU moraju da deluju na bazi opštih principa zajedničkih zakonima država članica.¹⁸⁰ U tom smislu, dodaje SUS, „zadaci ESP podrazumevaju obezbeđenje zakonitosti Unije unutar značenja ustavne tradicije zajedničke državama članicama. Standar su i pisano primarno i sekundarno pravo, i nepisani opšti principi koji su izvedeni iz ustavne tradicije država članica uz, dodatno, konsultovanje međunarodnih ugovora država članica. Potreba da se stvori zaštita fundamentalnih prava uporediva sa onom iz Osnovnog zakona SR Nemačke, od 70-ih godina je moguća samo preko daljeg razvoja prava metodom evaluativnog komparativnog prava.”¹⁸¹ SUS potvrđuje da takav dalji razvoj prava ne predstavlja, ipak, zakonodavstvo koje ima političku slobodu, nego on sledi instrukcije postavljene u zakonima ili međunarodnom pravu, koje sadrže i njegov osnov i njegova ograničenja. „Poseban razlog da sudije dalje razvijaju pravo postoji kada ima mnogo programa, kada su rupe zatvorene, kontradikcije u proceni rešene, ili su uzeti u obzir specijalni uslovi pojedinih slučajeva. Dalji razvoj prava prekoračuje granice ako menja jasno priznate zakonske odluke, koje čak mogu biti i eksplicitno dokumentovane u slovu ugovora, ili ako stvara nove odredbe bez dovoljno povezanosti sa pravnim izrekama. Povrh svega, nije dozvoljeno sudskom praksom fundamentalno menjati političke odluke koje su iznad individualnih slučajeva, ili prouzrokovati strukturalne promene u sistemu podele ustavne vlasti i uticaja.”¹⁸²

¹⁷⁹ Ovu nadležnost je SUS uvek eksplicitno priznavao, što je potvrdio i presudom o Lisabonskom ugovoru: BVerfGE 123, 267, paras 351-352.

¹⁸⁰ Videti član 6.3 UEU; član 340.2 i član 340.3 UfEU.

¹⁸¹ BVerfG, 2 BvR 2661/06, par. 63.

¹⁸² Ibidem, par. 62-64.

Glavno ograničenje na nivou EU za dalji razvoj prava od strane sudija jeste princip prenosa, kojim se SUS dalje bavi. Princip prenosa je veoma važan za vrlo federalizovanu, kooperativnu strukturu EU, sličnu državi u mnogim oblastima i po obimu nadležnosti i po organizacionoj strukturi i procedurama, ali koja nema karakteristike federacije. Države članice imaju samo ograničena individualna suverena prava. Opšta ovlašćenja i nadležnost da sami sebi pripisuju dalje nadležnosti, suprotne su ovom principu i podrivaju ustavno pravo država članica na odgovornost za integraciju. Ovo važi ne samo ako se nadležnosti autonomno šire na oblasti koje se ubrajaju u ustavni identitet država članica ili koje posebno zavise od demokratskog diskurzivnog procesa u državama članicama, mada tada svako prekoračenje nadležnosti ima posebnu težinu.¹⁸³

SUS, dakle, sam priznaje da on *ultra vires* kontrolu mora da sporovoditi *rezervisano* kako ne bi ugrozio princip nadnacionalne integracije, i da u svakom posebnom slučaju *ultra vires* žalbe mora da postoji i pravno stanovište ESP, jer se moraju „očuvati zadatak i status nezavisne nadržavne sudske prakse“. Sa jedne strane, to znači da EU i sama poštuje pravni metod i „jedinственost“ Ugovora i ciljeva u njemu. Pored svega, SUS dodaje da ESP ima čak i „pravo na tolerisanje greške“, zbog čega SUS ne treba da teži tome da potisne tumačenje prava Ugovora od strane ESP, ako to „može da dovede do različitih ishoda u uobičajenom diskusionom okviru pravne nauke“. SUS dodaje da treba tolerisati i ona tumačenja osnova Ugovora koja, bez značajne promene u strukturi nadležnosti, uvode restrikcije za pojedinačne slučajeve i koja — ili ne dozvoljavaju uticaj na fundamentalna prava koja predstavljaju troškove ili se ne suprotstavljaju unutrašnjim kompenzacijama za te troškove.¹⁸⁴

Prema navednim standardima, SUS, konačno, zaključuje da nije ignorisan obim ugovorne slobode podnosioca ustavne žalbe. Sporna presuda SRS (i ESP) očigledno je u skladu sa Ustavom,

¹⁸³ Ibidem, par. 65. O odgovornost za integraciju više u presudi o Lisabonskom ugovoru: BVerfGE 123, 267, paras 352-353.

¹⁸⁴ Ibidem, paras 66-67.

pošto dozvoljava neprimenjivanje Zakona o radu. Imajući u vidu prateću sudsku praksu ESP, nije očigledan dalji *ultra vires* razvoj prava, koji može da dovede do neprimenjivanja odnosnih pravnih principa u Nemačkoj — što ipak može da utvrditi jedino SUS. Nije relevantno to da li se do ishoda presude Mangold moglo, ipak, doći i pomoću priznatih metoda pravnog tumačenja, i da li je svaki postojeći nedostatak evidentan. U svakom slučaju, prema SUS, spornom presudom nisu prekoračena suverena prava dodeljena EU putem ratifikacije, te stoga nije došlo do kršenja principa prenosa na očigledan i strukturalno efektivan način.¹⁸⁵

3.4. Princip zabrane diskriminacije i direktna horizontalna primena direktive

SUS dalje podvodi pod opisane standarde konkretan predmet *Mangold/Honeywell* – spor u vezi sa starosnom diskriminacijom u zapošljavanju.¹⁸⁶ U ovom delu, za razliku od prethodnog, SUS uglavnom preuzima zaključke ESP, ali ih ponovo pretresa i, ipak, ostavlja otvorenim neka presudna pitanja ovog predmeta.

U Mangold-predmetu ESP je zaključio da sporne odredbe nacionalnog zakona koje su u suprotnosti sa komunitarnim pravom treba staviti van snage, što je obrazloženo sa dva argumenta čiji međusobni odnos ostaje nejasan čak i prema SUS. Da podsetimo, ESP smatra da je nacionalna odredba Zakona o radu u suprotnosti i sa Direktivom o jednakom tretmanu i sa opštim principom zabrane diskriminacije u komunitarnom pravu. SUS sada smatra da tu ne može da potvrdi „dovoljno kvalifikovanu“ povredu principa prenosa od strane ESP. Do strukturalno značajne promene na štetu nadležnosti država članica 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

¹⁸⁵ Ibidem, par. 68.

¹⁸⁶ Ibidem, paras 69-79.

ona još uvek nije implementirana, kao ni izvođenje opšteg principa zabrane starosne diskriminacije.¹⁸⁷

ESP je potvrdio da se opšti princip starosne diskriminacije primenjuje u slučaju Mangold zato što činjenice tog predmeta fundamentalno spadaju u okvir primene Direktive o jednakom tretmanu iz 2000. godine. SUS sada potvrđuje to prvenstvo evropskog prava, jer ono predstavlja preduslov za preispitivanje nacionalnog zakona na osnovu komunitarnog prava: „Da li neka posebna mera države članice potpada pod oblast primene prava EU određuje u svakom slučaju ESP prema obimu sadržaja te mere, i u pogledu materije i u pogledu involviranih lica. Direktiva može, takođe, da proširi oblast primene Ugovora i da dovede do toga da opšti princip prava EU utiče na pravo država članica. Da li direktiva proširuje (otvara) tu oblast primene ugovora, određuje se prema njenim ciljevima. Nasuprot tome, nacionalno zakonodavstvo ne može da izuzme objektivnu oblast primene prava EU time što teži i drugim ciljevima neke mere (npr. u zapošljavanju) za koje EU nije nadležna.”¹⁸⁸ Da je drugačije, kako je istakao i ESP, države članice bi nanosile štetu uniformnoj primeni prava EU zbog različitih ciljeva.

U predmetu Mangold, ESP je potvrdio da važi komunitarno pravo i opšti princip zabrane starosne diskriminacije. SUS sada potvrđuje da, pritom, ESP nije ušao u dalji razvoj prava (koji bi bio očigledan, kvalifikovan i koji bi prekršio princip prenosa) putem primene unapred direktive koja još uvek nije bila implementirana. Naime, ESP je potvrdio da je u periodu koji pokriva predmet Mangold još uvek trajao period tranzicije, ali je zaključio da to ne menja činjenicu da je došlo do povrede Direktive o jednakom tretmanu odredbama Zakona o radu. SUS sada potvrđuje da obim slobode akcije Nemačke i davanje forme direktivi tokom perioda tranzicije, nisu bili, ipak, na nivou na kom dolazi do strukturalne promene nadležnosti, pošto prema sudskoj praksi ESP države imaju

¹⁸⁷ Ibidem, paras 69-71.

¹⁸⁸ Ibidem, paras 72-73.

obavezu da se tokom te transpozicije uzdrže od mera koje bi kompromitovale cilj direktive.¹⁸⁹

SUS smatra da predmet Mangold može da se kategorizuje na osnovu prethodne sudske prakse ESP o unutrašnjoj primeni direktiva, odnosno da je ESP više puta tvrdio da direktive same ne uvode obaveze za pojedince i da oni ne mogu da se pozivaju na njih u međusobnim sporovima.¹⁹⁰ Ipak, ESP je tvrdio da nacionalne odredbe usvojene povredom direktive ne treba primenjivati u pravnim sporovima između pojedinaca.¹⁹¹ SUS sada zaključuje da je sa primenom direktiva unapred u Mangold presudi ESP stvorio dalju grupu predmeta za tzv. negativno dejstvo direktiva. Kao i sudska praksa o „negativnom” dejstvu direktive, i ovaj postupak u presudi za Mangold služi, sve u svemu, sprovođenju postojećih obaveza država članica, ali ne stvara nikakve nove obaveze za njih kršeći princip prenosa, zaključuje SUS.¹⁹²

SUS potvrđuje da nije bitno ni to da li opšti princip zabrane diskriminacije može da se izvede iz zajedničke ustavne tradicije i međunarodnih ugovora, mada su u vreme pokretanja spora Mangold samo dve od 15 država članica EU imale posebne odredbe o zabrani starosne diskriminacije, dok međunarodni ugovori i nemaju specijalnu zabranu. SUS ponavlja da pretpostavljeni dalji razvoj prava od strane ESP koji više nije opravdan pravnom metodom, predstavlja evidentni prekršaj principa prenosa samo ako on utiče na stvaranje nadležnosti u praksi. Opštim principom zabrane starosne diskriminacije izvedenim iz ustavne tradicije zajedničke državama članicama niti se stvara nova oblast nadležnosti za EU na štetu država članica, niti se postojeće nadležnosti šire, tvrdi SUS i dalje objašnjava da bi to bio slučaj ako bi se bez usvajanja sekundarnog pravnog akta — za koji se ovde

¹⁸⁹ Ibidem, paras 74-76.

¹⁹⁰ Npr.: C-91/92 *Faccini Dori*, 1994, [1994] ECR I-3325; C-397-403/01 *Pfeiffer*, 2004, [2004] ECR I-8835.

¹⁹¹ Npr.: C-194/94 *CIA Security*, 1996, [1996] ECR I-2201; C-443/98 *Unilever*, 2000, [2000] ECR I-7535, par. 49.

¹⁹² BVerfG, 2 BvR 2661/06, par. 77.

smatra da se primenjuje unapred — uvela ne samo prava, nego i obaveze za građane, putem daljeg razvoja prava za koji bi se dokazalo da predstavlja i prekoračenje osnovnih prava i promenu u nadležnostima na štetu država članica. Čak i ako se njima garantuje zaštita ljudskih prava na nivou EU, opšti principi ne mogu da prošire oblast uticaja prava EU van postojećih nadležnosti EU, niti da uvedu nove zadatke i nadležnosti. Kao argument da to nije slučaj u presudi Mangold, SUS navodi da su zakonodavni organi (zasnovani za Ugovorima) — Savet ministara i nemački predstavnik u njemu, a ne sudije koje dalje razvijaju pravo — uveli obavezujući princip zabrane starosne diskriminacije za pravne odnose zasnovane na ugovorima o radu, i da su oni time postali podložni tumačenju ESP.¹⁹³

Dalje se SUS bavi argumentima o pravnoj sigurnosti, retroaktivnosti i *ex tunc* primeni Direktive o jednakom tretmanu. On najpre odbacuje tvrdnju da je ugovorna sloboda prekršena spornom presudom zato što podnosiocu ustavne žalbe nisu bila zaštićena legitimna očekivanja — tj. pravna sigurnost, koja je glavni element vladavine prava. Pored toga, pravnu sigurnost ne ugrožava ni eliminisanje stečenih prava u ovom slučaju. Na uverenje da neki zakon i dalje važi može da utiče retroaktivni nalaz o njegovoj ništavosti ne samo SUS, nego i ESP. Mogućnost nacionalnih sudova da obezbede pravnu sigurnost predodređena je i limitirana pravom EU. Zato preliminarno mišljenja ima *an ex tunc* dejstvo. Tumačenje prava EU od strane ESP, primenjuju sudovi država članica u pravnim odnosima nastalim i pre presude Mangold. SUS podseća da ESP samo izuzetno ograničava retroaktivnu prirodu presuda, s obzirom na značajne teškoće koje njegove presude mogu da izazovu u pravnim odnosima nastalim u dobroj veri u prošlosti.¹⁹⁴

SUS objašnjava da pravnu sigurnost ne mogu da obezbede nacionalni sudovi time što bi uveli vremensko ograničenje za važenje odluke o prethodnom pitanju ESP primenjujući nacionalne odredbe čija je nespojivost sa pravom EU utvrđena za period pre

¹⁹³ Ibidem, paras 78-79.

¹⁹⁴ Ibidem, paras 80-83.

te odluke. ESP ne isključuje takvo dejstvo zaštite pravne sigurnosti sa primarnim efektom, pošto se, s obzirom na uniformnu primenu prava EU, predpostavlja da samo on sam može da postavi vremensko ograničenje tumačenja ove presude. Nasuprot tome, sudska praksa ESP ne sadrži nikakvu indikaciju koja sprečava nacionalne sudove da obezbede sekundarnu zaštitu legitimnih očekivanja putem kompenzacije za štetu uzrokovanu prekršajem poverenja. Da bi se obezbedila ustavna zaštita pravne sigurnosti moguće je, zaključuje SUS, u kontekstu retroaktivnog neprimenjivanja zakona kao posledici presude ESP, dati unutrašnju kompenzaciju involviranoj strani koja je imala poverenje u važenje zakonskih odredaba i na tome zanimala planove. Odgovornost država za zakon koji krši pravo Unije, smanjuje odgovornost građana, ističe SUS. On kaže da se zakonska odgovornost EU takođe pripisuje odgovornosti država članica za zakone koji krše pravo EU i time se smanjuje šteta za građanina. Ali SUS ostavlja otvorenim pitanje da li je takvo pravo već ustanovljeno u postojećem sistemu odgovornosti država. Posle svega, SUS zaključuje da SRS ne ignoriše ustavnu zaštitu pravne sigurnosti i da primat primene komunitarnog prava dozvoljava da SRS ne smatra sebe ovlašćenim da pruži zaštitu legitimnih interesa time što bi potvrdio presudu prethodne instance koja je bila u korist podnosioca tužbe. SUS zaključuje da „svaki zahtev za kompenzaciju protiv SR Nemačke bez kršenja primata primene Unije za materijalni gubitak tužioca koji je pretrpeo neprimenjivanjem oročenih radnih ugovora, nije bilo predmet procedure pred Saveznim radnim sudom“¹⁹⁵

Konačno, SUS zaključuje da nije povređeno ni pravo podnosioca ustavne žalbe na zakonitog sudiju, jer to je ESP — i prema Osnovnom zakonu. Povreda bi postojala u slučaju da se nemački sudovi nisu povinovali obavezi da traže od ESP odluku o prethodnom pitanju. Ali, prema postojećoj sudskoj praksi SUS, nisu sva kršenja obaveza komunitarnog prava razlog za traženje mišljenja ESP, nego samo kad osetljivo tumačenje koncepata koji

¹⁹⁵ Ibidem, paras 84-86.

zavise od Osnovnog zakona više nije sveobuhvatno i ako je ono očigledno neodrživo.¹⁹⁶

3.5. Izdvojeno mišljenje i kritika presude SUS

Napred izložena presuda SUS usvojena je glasanjem sedmorice od ukupno osam sudija, dok je jedan član sudskog veća, sudija Landau (*Landau*) izneo izdvojeno mišljenje sa snažnom kritikom presude većine, koje i po obimu predstavlja dobar deo u obrazloženju presude u predmetu *Mangold/Honeywell*, i efektno rezimira kritiku na račun ovog procesa.¹⁹⁷ Sudija Landau smatra, naime, da je ustavna žalba bila opravdana, te da sporna presuda SRS/ESP krši osnovna ustavna prava podnosioca žalbe. Landau smatra da je SRS stavio van snage sporne odredbe Zakona o radu bez ustavno održivog razloga, čime je zaobišao obavezu da poštuje zakon i poredak. Pored toga, SRS nije bio ustavno nadležan da se pozove na pravo Unije u tumačenju ESP u predmetu *Mangold*. Konačno, sudska većina sada je proširila uslove za preispitivanje *ultra vires* akata organa EU i, u tom smislu, ona odstupa od sopstvene presude o Lisabonskom ugovoru bez i jednog ubedljivog razloga. Poricanje da postoji prekoračenje nadležnosti od strane ESP u predmetu *Mangold* je pogrešno, a time se osporavaju i konsekventne mogućnosti za pravnu akciju, zaključuje sudija Landau u izdvojenom mišljenju.

3.5.1. SUS napušta „lisabonski konsenzus” bez ubedljivih razloga

Sudija Landau podseća detaljno na „lisabonski konsenzus” da bi pokazao da je sudska većina odstupila od njega. On se najpre osvrće na stavove iz Lisabonske presude SUS o demokratskoj legitimaciji (tj. nedostatku legitimacije, demokratskom deficitu

¹⁹⁶ Ibidem, paras 87-92.

¹⁹⁷ Ibidem, paras 94-116.

EU), prema kojima akti organa EU jesu demokratski legitimisani samo ukoliko ostaju u okviru nadležnosti koje su države članice prenele na EU. „Povinovanje granicama nadležnosti nije stvar samo balansiranja nadležnosti ustavnih i komunitarnih organa. U sistemu demokratske uprave, zahtev za primenjivanjem norme ne proizlazi iz jednostrane podređenosti građana vlastima, nego iz povezanosti sa samim građanima. Demokratska legitimacija zahteva stvarnu neprekidnu vezu sa građanima države članice“, podseća sudija Landau, i dodaje da delovanje koje nije pokriveno poverenim zadacima nije kolegitimisano, te u tom smislu nadležnosti koje su države članice dale Uniji saopštavaju i ograničavaju (objektivni) kontekst legitimacije u koji svaki organ koji vrši suverene nadležnosti mora biti postavljen, ka čijem poštovanju je usmeren i princip prenosa kao izraz državne ustavne baze svih vlasti EU.¹⁹⁸

Landau podseća i na to da su države gospodari ugovora i izvor ovlašćenja za vršenje suverenih nadležnosti na nadnacionalnom nivou, i da ne postoji legitimni subjekt vladavine EU koji se konstituiše bez izvođenja iz suverenih nadležnosti država na višem nivou. Lisabonski ugovor — sa ustavnim tumačenjem, potvrđuje princip prenosa koji se vrši na ograničen i kontrolisan način. Ugovor ne sadrži, prema SUS odredbe o nadležnostima za stvaranje sopstvenih nadležnosti (*Kompetenz-Kompetenz*). Zbog toga i princip nadređenosti prava EU, koji je razvila sudska praksa ESP, ostaje institut koji je prenet pod uslovima međunarodnog prava – tj. izvedeni institut. Prvenstvo primene prava EU ne menja ništa u pogledu obaveze povinovanja sistemu nadležnosti. On se širi samo ukoliko Nemačka pristane na to ili ga dozvoli. Sudija Landau ističe da posebno nadležnosti tumačenja i primenjivanja prava EU koje su prenete na ESP nisu bez ograničenja, i da su ta ograničenja utvrđena Osnovnim zakonom i u krajnjem podvrgnuta jurisdikciji SUS.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Ibidem, par. 96.

¹⁹⁹ Ibidem, par. 97.

Sudija Landau dalje objašnjava i potvrđuje „odlučujuću liniju“ iz presude SUS o ustavnosti Lisabonskog ugovora. On podseća da nadležnosti proizlaze iz Ustava i međunarodnih ugovora, i da one uvode, u meri odnosnih funkcija, suverenu moć koja je zakonita, tj. legitimisana vladavinom prava i principima demokratije. Pripisane nadležnosti određuju odnos različitih nadnacionalnih i nacionalnih funkcija, čiju saradnju su sudije prethodnom presudom htele da obezbede i da, u krajnjem, spreče zloupotrebu vlasti. Suviše preklapanja i mešanja funkcija podriva suštinu demokratske odgovornosti i krši princip demokratske vladavine prava prema kojem organi — nacionalni ili nadnacionalni — snose odgovornost za svoje odluke.²⁰⁰ U slučaju prekoračenja granica nadležnosti koje čini nejasnim ove odgovornosti, SUS ima obavezu da sprovede *ultra vires* kontrolu. „Na današnjem stepenu razvoja prava EU, može se smatrati da samo vrhovni nacionalni sudovi, i posebno ustavni sudovi — vrše kontrolu nadležnosti *vis-à-vis* organa EU, pošto ESP predstavlja kamen temeljac sistema na evropskom nivou i teži upotrebi te pozicije na način koji je otvoren ka EU. Izvršne i sudske instance EU imaju, u velikoj meri, mogućnost da afirmišu pravo Unije putem tumačenja koje smatraju korektnim, bez političkih instanci koje imaju na raspolaganju efektivne mehanizme da im se suprotstave u slučaju da posledice tih tumačenja smatraju štetnim. Mogućnost da se spreči podrivanje nadležnosti nastalo zakonodavnim sredstvima ili revizijom ugovora, ima slabo praktično dejstvo, s obzirom na velike prepreke koje postoje za to u Uniji 27 država članica“. Prema sudiji Landau, većina njegovih kolega jednostrano rešava tu tenziju između principa očuvanja demokratskog legitimiteta i funkcionisanja Unije u korist funkcionalnosti pozivajući se na princip otvorenosti Osnovnog zakona za Evropu tokom sprovođenja nadležnosti kontrole, uz konačno pozivanje na odgovarajući princip lojalne saradnje.²⁰¹

²⁰⁰ Ibidem, par. 98.

²⁰¹ Ibidem, paras 99-100.

U presudi o Lisabonskom ugovoru, podseća sudija Landau, SUS je razvio „uravnoteženi model“ nacionalne kontrole postupaka EU, jer on suštinski ograničava kontrolu na „očigledne“ povrede granica sa državama članicama i formalno je postavlja kao prioritet pravne zaštite na nivou EU. Ta kontrola pokriva svako prošireno tumačenje Ugovora koje je jednako nedopustivoj autonomnoj reviziji ugovora, ali tu ne spadaju povrede nadležnosti perifernog karaktera koje nisu očigledne i nedvosmislene prirode, i koje ne dovode u pitanje suštinu demokratske odgovornosti, a isto važi i za prekoračenja nadležnosti koja su značajna samo unutar Unije i ne utiču na oblast aktivnosti država članica EU. Očigledne, tj. jasne i nedvosmislene povrede nadležnosti treba da budu, pre svega, podložne preispitivanju od strane ESP, što je mogućnost koja postoji da bi se, ipak, artikulisale postojeće rezerve u pogledu nadležnosti.²⁰² Sudija Landau je tvrdio da bi u aktuelnom predmetu bilo posebno primereno da se prioritet pravne zaštite ostvari na nivou Unije, i da to nosi konstruktivni potencijal. On dodaje da tim sredstvima koja omogućavaju rezervnu nadležnost, SUS može adekvatno da obezbedi da nalaz o neprimenjivosti prava Unije zbog prekoračenja nadležnosti ostane rezervisan za izuzetne slučajeve.²⁰³

Sudijaska većina je napustila „lisabonski konsenzus“ i time što je prekoračila zahtev očiglednosti — jasnosti i nedvosmislenosti — i što sada zahteva „dovoljno kvalifikovanu“ povredu nadležnosti koja nije samo očigledna, nego i dovodi do „strukturno značajne“ promene na štetu država u strukturi nadležnosti između njih i EU, nastavlja sudija Landau. Time većina sudija ide izvan cilja strukture *ultra vires* kontrole koja je otvorena prema evropskom pravu; ona ignoriše glavni preduslov za vršenje vlasti — obavezu demokratske legitimacije, naglašenu u presudi o Lisabonskom ugovoru, koja se krši svakim prekoračenjem nadležnosti. Dopuštanje da se nadležnosti vrše bez demokratske legitimacije, suprotno je ključnom iskazu presude SUS o Lisabonskom ugovoru, ističe

²⁰² Ibidem, par. 101. Ove rezervne nadležnos SUS je obrazložio i u presudi o Lisabonskom ugovoru: BVerfGE 123, 267, par. 401.

²⁰³ Ibidem, par. 101.

Landau.²⁰⁴ Zahtevom za strukturalno značajnom promenom, sudska većina ignoriše činjenicu da nastaju specifične opasnosti za očuvanje nadležnosti i time demokratske legitimacije EU. Te opasnosti su manje 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. Rizik koji je verovatno inherentan svim federalnim sistemima „političkog samopojačavanja” višeg nivoa, u posebnoj meri postoji u slučaju EU, zahvaljujući tome što se raspodela nadležnosti ovde — za razliku od federalnih država — dešava na najvišem nivou. „Pitanje — da li je u kontekstu takvih kretanja, koja se mogu ilustrovati tekućom ekspanzijom sudske prakse ESP o primeni odredaba sadržanih u direktivama koja kulminira u predmetu Mangold, uopšte moguće prepoznati pojedinačni slučaj prekoračenja nadležnosti koji pokazuje težinu koju traži sudska većina, i time pokrenuti kontra-mehanizam *ultra vires* kontrole — čini se veoma problematičnim, posebno zato što je, u mnogim slučajevima, korektna procena toga da li individualni akt pokreće strukturalnu promenu nadležnosti moguća samo u retrospektivi.“²⁰⁵

Konačno, sudija Landau zaključuje da sudska većina nije pokazala da poštuje svoju odgovornost za značenje odredaba koje se odnose na nadležnosti zasnovane na demokratiji i vladavini prava. Ona nastavlja problematičnu tendenciju već prepoznatu u ranijoj sudskoj praksi SUS, da se „samo na papiru potvrđuje demokratski zasnovano nacionalno pravo izricanja konačne presude o primeni suverenih nadležnosti na sopstvenoj teritoriji i prateća odgovornost za poštovanje nadležnosti datih Uniji, a da se u praksi uzdržava od primene tog prava“.²⁰⁶

²⁰⁴ Ibidem, par. 102.

²⁰⁵ Ibidem, par. 103.

²⁰⁶ Ibidem, par. 104.

3.5.2. ESP je očigledno prekoračio nadležnosti

Sa presudom u predmetu Mangold, ESP je očigledno prekoračio nadležnosti koje su mu date da tumači komunitarno pravo — on deluje ultra vires, tvrdi sudija Landau. On ističe da sudska većina ostavlja otvorenim pitanje da li se ESP udaljio od opravdanog tumačenja — uključujući i dalji razvoj prava, i da na to pitanje očigledno treba odgovoriti potvrdno. Pored toga, presuda Mangold nanosi štetnu i slobodi akcije koja je Ugovorima ostavljena na raspolaganje Nemačkoj kao državi članici EU. Landau, pak, smatra da nije relevantno pitanje da li je ispravan stav ESP da je slučaj Mangold otvoren za primenu komunitarnog prava i stav da postoji suprotnost između sadržaja nemačkog Zakona o radu i evropske Direktive o jednakom tretmanu. U najmanju ruku, obrazloženje u kojem ESP ignoriše činjenicu da period transpozicije nije bio istekao, ne predstavlja više ni opravdanu interpretaciju, ni dalji razvoj prava Unije, nego prošireno tumačenje Ugovora koje je jednako nedozvoljenoj autonomnoj reviziji ugovora, kategoričan je Landau: Može se reći da je taj prosti zaključak bio poznat od samog početka, i da je on izveden oslanjanjem na tradiciju sudske prakse ESP orijentisanu u skladu sa principom *l'effet utile* — ESP je preispitivao nemački zakon prema Direktivi o jednakom tretmanu iako ona u to vreme nije bila obavezujuća za SRN; prema volji komunitarnog zakonodavca, demokratski legitimisani organi Nemačke nisu još uvek bili obavezni da se podrede Direktivi. Uprkos tome, ESP je pripisao direktivi koja još uvek nije bila stupila na snagu negativnu direktnu unutrašnju primenu, koja je dovela do neprimenjivanja konkurentnog nacionalnog zakona. Kao što je ESP-u sigurno bilo jasno, to konačno nanosi štetu nosiocima fundamentalnih prava koji su bili u uverenju da važi nacionalni Zakon o radu, podseća Landau. Razlozi za ishod do kojeg ESP dolazi, očigledno nisu bili ubedljivi za sudiju Landau: oni dovode do zaključka da ESP tvrdi da ishod koji mu je poželjan, u smislu komunitarnog prava, treba primenjivati što je više moguće, bez uzimanja u obzir suprotne volje komunitarnog zakonodavstva, čime je prešao granice metodološki opravdanog daljeg razvoja

prava. Štaviše, nastavlja Landau, „oni su učinili jasnim kako različiti argumentacioni obrasci ESP, koji su sigurno otvoreni prema Uniji ali se dugo prihvataju u kombinaciji, stvaraju opasnost postepene erozije nadležnosti država članica i demokratske legitimnosti, što je teško održati.²⁰⁷

ESP određuje zabranu starosne diskriminacije kao opšti princip komunitarnog prava, a to se, prema sudiji Landau, ne može shvatiti ni korišćenjem razloga iz presude ni nezavisno od toga. Nije opravdano izvođenje pojedinačne zabrane diskriminacije na bazi starosti iz međunarodnih ugovora i ustavne tradicije zajedničke državama članicama. Sudija Landau podseća da je to u pravnoj literaturi već adekvatno dokumentovano do sada i da nije bilo ozbiljno osporavano. Iako sudska većina ostavlja otvorenim ovo pitanje u formalnom smislu, ona u krajnjem ne može da izbegne da to ne navede uz odgovarajuće refernce. Landau smatra da nije prihvatljivo da se kaže da zabrana diskriminacije na bazi starosti predstavlja, prosto, slučaj primene opšteg principa jednakosti u pravu EU, što je ESP uradio u predmetu Mangold. Landau tvrdi da presudna ocena da starost može da bude problematičan kriterijum pravljenja razlike koji zahteva dalje opravdanje, ne proizlazi iz opšteg principa jednakog tretmana, i da je ona, štaviše, strana zajedničkim ustavnim tradicijama te da, posebno u kontekstu tržišta rada, ona ne predstavlja ništa drugo do „stvar usmerenja“, s obzirom na glavne probleme koje starija nezaposlena lica imaju kada traže stalni posao. Konačno, Landau ukazuje da ESP ne kaže ništa o volji država članica, koja je jasno izražena dupliranjem pravnog osnova u Ugovoru: ograničava se pravljenje razlike prema drugim karakteristikama osim nacionalnosti, ali tek nakon što se to konkretno formuliše pomoću sekundarnog zakonodavstva.²⁰⁸

Koncept primene direktive „unapred“ ne može da dovede do tumačenja presude u slučaju Mangold ni *per se*, ni kad se razmatra zajedno sa, kako se navodi, nepisanom zabranom starosne

²⁰⁷ Ibidem, par. 105-107.

²⁰⁸ Ibidem, par. 108-109. Dvostruki pravni osnov na koji se sudija poziva su članovi 18. i 19. UFEU (ex-12. i ex-13. UEZ).

diskriminacije — glasi dalji argument izdvojenog mišljenja sudije Landau. „Ishod kome ESP teži, u tom smislu, nastaje samo iz akumulacije raznih dogmatskih pristupa koji posežu u oblast država članica i koji, u smislu transparentnosti demokratske distribucije nadležnosti, u krajnjem više nisu prihvatljivi“. Priznanje direktnog dejstva direktivama od strane ESP već predstavlja korak dalje u razvijanju prava koje jasno izlazi izvan formulacija Ugovora, što SUS svejedno sledi za razliku od nekih drugih sudova, podseća Landau. U tom pogledu, SUS je sebi dozvolio da ga vodi koncept otvorenosti prema evropskom pravu, i zaključio da sudska praksa ESP može da invocira glavne objektivne argumente — naime, koncept efektivnog sankcionisanja država članica iako rok za transpoziciju nije istekao — i da direktno dejstvo nije nužno povezano sa preduslovima koji su ispunjeni sa kojima se sprečava izjednačavanje direktiva i odredaba na način koji krši Ugovor. Landau ističe da ESP ovu rezervu nije pokazao u slučaju Mangold, i da se on odrekao principa po kojem direktno dejstvo odredaba iz direktiva zavisi od isteka perioda transpozicije. Štaviše, SUS u suštini dozvoljava indirektno dejstvo direktive na odnose između privatnih lica. „Više nije moguće zasnovati ove dalekosežne korake na konceptu sankcionisanja (odnosnih) država članica. ESP nudi samo ekstremno neadekvatno objašnjenje za njih, navodeći površno princip prema kojem države članice moraju tokom perioda transpozicije da se uzdrže od preduzimanja mera koje mogu ozbiljno da kompromituju ostvarenje rezultata propisanog direktivom. Problem se prikriva time što „sudska većina ovde govori o ‘sprovođenju postojećih pravnih obaveza’, za koje kaže da ‘ne stvaraju za države članice nove obaveze kojima se krši princip prenosa’; u krajnjem, ‘sprovođenje’ postojećih obaveza može da znači samo to da pravne obaveze jesu proširene izvan dogovorene mere”.²⁰⁹

Sudija Landau zaključuje ocenom da je ESP u predmetu Mangold razvio jedno tumačenje komunitarnog prava o razgraničenju nadležnosti Zajednice (Unije) i država članica koje je suštinsko za pokretanje *ultra vires* kontrole: ESP lišava države članice nadležnosti u oblasti politike zapošljavanja, koja je

²⁰⁹ Ibidem, par. 110.

uglavnom rezervisana za njih. Time su ispunjeni preduslovi za *ultra vires* procenu, iako Landau napominje i to da ne treba precenjivati značaj postojećeg prekoračenja nadležnosti u kontekstu anticipiranog isteka perioda transpozicije za direktive. Ako, međutim, sudska većina negira „praktične posledice iz kojih proističu nadležnosti” tvrdeći da su organi ovlašćeni za donošenje zakona (Savet i nemački predstavnik u njemu) učinili obaveznim princip zabrane starosne diskriminacije za pravne odnose zasnovane na ugovorima o radu, ona i time „stvora diskreciju za sudsko tumačenje prava”, i to bez daljeg obrazloženja da je pravni pogled ESP pokriven voljom zakonodavca. Landau podseća da, „ako je i postojala bilo kakva potreba da se pokaže suprotno, usvajanje Zakona o radu je pokazalo, ipak, vrlo jasno da sasvim definitivno, posebno Nemačka nije želela da se njeno delovanje ograniči na način koji proizlazi iz presude u predmetu Mangold. Upravo suprotno: nemački predstavnik u Savetu evidentno nije imao u vidu sudsko tumačenje zakona koje ograničava delovanje SR Nemačke, niti se to moglo očekivati od njega“. Konačno, Landau dodaje da činjenica da prekoračenje nadležnosti od strane ESP neće imati nikakve posledice za zakone koji se primenjuju danas, pošto je zabrana starosne diskriminacije sada sadržana u Povelji o osnovnim pravima koja je u međuvremenu stekla pravni status Ugovora, ne čini tu povredu neučinjenom — iznad svega, ne čini je takvom u pogledu ovog slučaja o kome SRS presuđuje na osnovu prava primenjivog u vreme zaključenja ugovora.²¹⁰

3.5.3. *Mogućnosti pravne kompenzacije za pretrpljenu štetu*

Na kraju obrazloženja svog neslaganja sa kolegama, sudija Landau navodi da, pod ovim uslovima, Saveznom radnom sudu nije bilo dozvoljeno da se pozove na Mangold presudu Evropskog suda pravde, kako bi stavio van snage nedvosmisleni naredbu o

²¹⁰ Ibidem, paras 112-113.

primeni odredaba Zakona o radu i kako bi pokrenuo akciju protiv oročenih ugovora o radu. Pošto SRS nije bio slobodan, u smislu komunitarnog prava — kao i na osnovu Ustava, da donese presudu koja otvoreno odstupa od sudske prakse ESP, Landau je predlagao da naredne instance rasprave ili pretresu sve raspoložive mogućnosti za rešenje imanentnih tenzija.²¹¹ To nije sprovedeno, u kontekstu činjenice da je SRS — kao i većina sada u SUS — ignorisao prekoračenje nadležnosti od strane ESP za koje Landau tvrdi da postoji. On je smatrao da bi prioritet, u ovom pogledu, moglo biti to da se razmotri zahtev za pravnom zaštitom na nivou Unije, kao što se i tvrdilo u presudi Lisabon. SRS bi, konačno, morao još jednom da se obrati ESP-u, posredstvom procedure pribavljanja odluke o prethodnom pitanju, da objasni postojeće rezerve, i postavi pitanje da li je komunitarno pravo zahtevalo da se stavi van snage Zakon o radu. Komunitarno pravo ne sprečava takav obnovljen, proširen, dobro zasnovan podnesak, tvrdi Landau. U tom okviru, bilo bi moguće i eksplicitno postaviti pitanje o mogućem vremenskom ograničenju primene presude. Procedura pribavljanja odluke o prethodnom pitanju već je otvorila mnoge kooperativne mogućnosti za rešavanje sukoba u ranoj fazi, ili za barem olakšavanje imanentnih sukoba između zahteva ustavnog i komunitarnog prava, smatra Landau. U slučaju potpune potvrde Mangold presude, SRS bi mogao, i osim toga bi trebao, da preispita da li, i do koje mere, ovde postoje moguće presude koje su u skladu sa pravom EU a koje bi poštovale volju zakonodavca izraženu u Zakonu o radu, u najmanju ruku, u pogledu ishoda. Samo ako se ne mogu preduzeti takvi koraci, SRS bi mogao, i to bi trebalo uraditi, prema sudiji Landau, da formalno nađe prekoračenje nadležnosti od strane SUS. Sve to pokazuje da *ultra vires* kontrola može da se vrši u velikoj meri na način koji je otvoren prema evropskom pravu i kooperativan, zaključuje sudija Landau.²¹²

²¹¹ Ibidem, par. 114.

²¹² Ibidem, paras 115-116.

3.6. Komentari presude

Predmet izlazi u susret zahtevima inicijalnog podnosioca tužbe (*Mangolg*) o zaštiti protiv starosne diskriminacije, ali iz pozicije podnosioca žalbe, koji je i materijalno oštećen presudama evropskog i nemačkih sudova, osnovni problem je bila i ostala pravna nesigurnosti koja proizlazi i iz obrazloženja argumenta ESP o *de facto* direktnom horizontalnom dejstvu direktive — tj. delovanju direktive „unapred“ u odnosima između pojedinaca u situaciji kada postoji oprečni nacionalni zakon.

SUS ostavlja otvorenim i neka druga pitanja koja ne smatra relevantnim za presudu, npr. kaže da nije potpuno ubeđen u obrazloženje ESP o tome da li navedena odluka može da se postigne legalno prihvatljivim metodama tumačenja zbog činjenice da je jasno da nije došlo do dovoljno ozbiljne povrede nadležnosti u pomenutom značenju. SUS ostavlja neodgovorenim i pitanje da li postoji (ili je postojao u relevantno vreme) opšti princip zabrane starosne diskriminacije, i zaključuje da, čak i bez tog principa, nema dovoljno kvalifikovane povrede koja vodi novim nadležnostima EU na štetu država članica, niti se šire postojeće nadležnosti EU presudom u predmetu *Mangold*.

Mada je SUS potvrdio da će kontrolisati EU institucije, tj. da li one ostaju unutar nadležnosti koje su im poverene, uslovi koji treba da se ispune da bi neki akt bio *ultra vires* toliko su striktno definisani da je malo verovatno da će slučajevi kao *Honeywell* uopšte više uspešno postavljati pred SUS. To je dobra vest za evropske integracije, ali će bez sumnje izazvati dalje kritike zbog doktrinarnе nedoslednosti i praktične pravne nesigurnosti.

Prvi medijski komentari zabeležili su da je *Mangold/Honeywell* presuda SUS dočekanа sa olakšanjem u Briselu i Luksemburgu, i da nemački SUS ne samo da je izbegao direktni sukob sa ESP, nego je i ojačao njegovu poziciju — ograničavajući svoju.²¹³ Drugi

²¹³ “German Constitutional Court clears path to EU law“, 31 August 2010, <http://euroactiv.com>.

smatraju da je SUS doneo pragmatičnu presuda, jer je još jednom potvrdio da on ima konačnu reč na pitanje da li institucije EU prekoračuju nadležnosti, mada je istovremeno objasnio i to da će se *ultra vires* kontrola primenjivati nerado i na „prijateljski” način prema EU pravu.²¹⁴ Drugim rečima, SUS je još jednom izbalansirao pravo EU sa odredbama nacionalnog ustava (ostavljajući i dalje otvorenim neka važna pitanja), a ipak je stavio do znanja da on i dalje zadržava pravo da kontroliše granice između evropskih i nacionalnih nadležnosti. Gde se tačno nalazi ta granica ✕ ostaje pitanje koje će, bez sumnje, i dalje okupirati stručnu i širu evropsku javnost u godinama pred nama.

Iz perspektive presude SUS u predmetu *Mangold/Honeywell*, čini se da je Lisabonska presuda bila prazna pretnja. SUS se još jednom, kako je to neko primetio, zadovoljio ulogom „psa čuvara koji voli da laje, ali nikad ne ujeđa”.²¹⁵ Skeptici kažu da je SUS nije ostvario ništa više osim što je zapretio prstom, i da se diglo mnogo buke ni oko čega. Kritika bi kazala i to da nemački SUS baca prašinu u oči ne samo nemačkom, nego i narodima Evrope, uveravajući ih da se sve odvija na demokratski način, iako je u stvarnosti upravo suprotno — još jednom se prešlo preko očiglednog prekoračenja nadležnosti od strane ESP.

„Sudski aktivizam“ ESP kritikovan je i ranije, posebno u vezi sa sudskim oblikovanjem antidiskriminacionog prava u nizu direktiva usvojenih u novom milenijumu koje otvaraju manevarski prostor za široka tumačenja sopstvene nadležnosti.²¹⁶ Antidiskriminaciono pravo postalo je oblast nove doktrine premošćavanja nedostatka horizontalnog direktnog dejstva direktiva time što im se to dejstvo priznaje preko odgovarajućih opštih principa — principa zabrane (starosne) diskriminacije.

²¹⁴ Felix Schulyok, “Mangold is not ultra-vires”, *Adjudicating Europe*, Aug 31, 2010; Internet: <http://adjudicatingeurope.eu/?p=487>, 13/09/2010.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ 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”, op. cit., pp. 1-25.

I nakon pokretanja ustavne žalbe u predmetu *Honeywell*, pitanje zabrane starosne diskriminacije bilo je pred ESP postavljeno u više prilika, od kojih je jedna bila početkom 2010. u predmetu *Küçükdeveci* kada je ESP potvrdio presudu Mangold i direktno dejstvo principa zabrane starosne diskriminacije kao generalnog principa prava EU, koji sada štiti i Povelja o osnovnim pravima EU.²¹⁷ Taj predmet, koji se naziva i „Mangold II“, predstavlja, pored originalne Mangold presude ESP, potvrđene sada i presudom SUS, drugi kamen temeljac pravnog prvenstva prava EU nad nacionalnim pravnim sistemima i važan je presedan za primenu Povelje o osnovnim pravima nakon ratifikacije Lisabonskog ugovora.

4. SLUČAJ KUČUKDEVEČI (2010) PRED ESP

Kao i u predmetu Mangold, i u slučaju *Kučukdeveči*, 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 navodilo da predstavljaju *de facto* diskriminaciju na osnovu starosti. U oba navedena slučaja, od kojih će ovaj drugi nadalje biti analiziran, ESP je presudio 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 njegovog direktnog horizontalnog dejstva u radnopravnim sporovima između privatnih lica. Ta svojevrsna „horizontalizacija“ jednog opšteg principa, u analiziranim slučajevima principa zabrane diskriminacije, sugeriše dalekosežne posledice za postlisabonski pravno-politički aranžman. Ovi predmeti mogu se posmatrati i kao važni presedani za primenu Povelje o osnovnim pravima nakon ratifikacije Lisabonskog ugovora, sa kojom je ona stekla pravnu prirodu sličnu Ugovorima.²¹⁸

²¹⁷ C-555/07, *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, ECR 2010, I-0036. Filippo Fontanelli, „Some reflections on the choices of the European Court of Justice in the Küçükdeveci preliminary ruling“, op. cit., pp. 15-23.

²¹⁸ Videti i: Žaklina Novičić, „Zabrana diskriminacije u pravu EU: „horizontalizacija“ opšteg principa i direktive u predmetima Mangold i Kučukdeveči“, u: *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije (II deo)*, IMPP, Dusko Dimitrijevic (ur.), 2012.

4.1. Uvodne napomene

U predmetima Mangold (2005) i Kučukdeveči (2010), Evropskom sudu pravde (ESP) zatraženo je da se izjasni o legalnosti, sa stanovišta EU, nekih odredaba nemačkih zakona iz oblasti rada i zapošljavanja za koje je se tvrdilo da njihova primena predstavlja *de facto* starosnu diskriminaciju. U oba slučaja ESP je presudio da nacionalni sudovi moraju da 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.²¹⁹

Princip zabrane diskriminacije kodifikovan je u pominjanoj Direktivi Saveta br. 2000/78 iz 2000. godine, ali u vreme spora Mangold u Nemačkoj je još uvek trajao proces uvođenja te Direktivu u domaće zakone, a uz to direktive same po sebi ne uređuju sporove između privatnih lica — nemaju direktno horizontalno dejstvo. Dok je retroaktivna primena Direktive u slučaju Mangold bila posebno sporan aspekt presude ESP, u vreme spora Kučukdeveči, u Nemačkoj je Antidiskriminaciona direktiva već bila u potpunosti operativna. ESP je tada pojasnio da na direktivu 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 i Povelja o osnovnim pravima koja, takođe, kodifikuje antidiskriminacioni princip, što je ESP spomenuo u ovoj presudi, ali je izbegao da to posebno naglasi, verovatno zato što je Lisabonski ugovor tek bio stupio na snagu. Presude ESP u slučaju Kučukdeveči i Mangold nagoveštavaju, ipak, duboke implikacije za dalji razvoj postlisabonskog pravnog konteksta, pa i u vezi sa primenom Povelje o osnovnim pravima i principa sadržanih u njoj.

²¹⁹ Filippo Fontanelli, “Some reflections on the choices of the European Court of Justice in the Küçükdeveci preliminary ruling”, op. cit., p. 18.

Kroz dalju analizu predmeta Kučukdeveči, videćemo koji tačno izvor prava EU (opšti princip, Direktiva, Povelja) ima direktno horizontalno dejstvo, i pod kojim uslovima, u radnopravnim odnosima individualnih subjekata o kojima se radi.

4.2. Zabrana diskriminacije u predmetu Kučukdeveči

U ovom predmetu, odluku ESP o prethodnom pitanju zatražio je krajem 2007. godine pokrajinski radni sud iz Dizeldorfa, u vezi sa sporom između privatnih lica, nemačkih državljana, koji je bivša radnica Seda Kučukdeveči (*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, dozvoljavao 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 tumačiti na način koji poništava sporne nacionalne propise, i da je na nacionalnim sudovima da, izvodeći 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 predmet formiran krajem 2007. godine, Antidiskriminaciona direktiva br. 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 kontroverznijih pitanja. Osim toga, dok je u predmetu Mangold osporavana odredba (Zakona o radu) bila usvojena u cilju uvođenja Direktive o zabrani diskriminacije u nacionalno pravo, u predmetu

Kučukdeveči je veza između nemačkih odredaba (koje regulišu postupak otpuštanja) i te Direktive bila indirektna — naime, sporni nemački propisi nisu bili izraz 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 Kučukdeveči više nego u slučaju Mangold kontroverzno to da li se domaća odredba može preispitivati na osnovu prava EU.²²⁰

Kao rezultat navedenog pravnog i činjeničnog 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 i svoj formalni izraz. U suštini, radi se o vrlo sličnoj argumentaciji kao u slučaju Mangold, koja je sada dodatno pojašnjena i ojačana. Slučaj Kučukdeveči se zato kolokvijalno naziva i „Mangold II“ presudom.

U konkretnijem obrazloženju, Sud je i u „Mangold II“ odluci 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 očekivati veću ličnu i profesionalnu mobilnost od mlađih radnika, itd. ESP nije doveo u pitanje opravdanost ovih ciljeva, ponovo je podsetio da članice uživaju široku diskreciju u izboru mera i sredstava za ostvarenje tih ciljeva (u oblasti socijalne i politike zapošljavanja), ali je zaključio da ta sredstva, u ovom slučaju, nisu bila „pogodna i nužna“. Zato

²²⁰ Filippo Fontanelli, “Some reflections on the choices of the European Court of Justice in the Küçükdeveci preliminary ruling”, op. cit., p. 21.

ESP zauzima sledeće stavove: 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; i da uprkos ozbiljnom radnom stažu mlađi radnici mogu biti isključeni iz beneficija progresivnog produženja otkaznog roka, itd.²²¹

U obrazloženju, ESP objašnjava pravno dejstvo direktive i opšteg principa. Naime, Direktiva br. 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 starosno doba.²²² ESP sada izjavljuje, naizgled dosledno u skladu sa prethodnom praksom, da direktiva sama po sebi ne može da uvede obaveze za pojedince, niti se na nju, kao takvu, može pozivati 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, nacionalne sudove.²²³ Što se tiče pojedinaca, pak, prava i obaveze za njih ne proizlaze iz Direktive, nego iz postojanja principa zabrane starosne diskriminacije kojem Direktiva br. 2000/78 daje poseban izraz. Princip zabrane starosne diskriminacije jeste generalni princip prava EU jer on konstituiše specifičnu primenu generalnog principa jednakog tretmana. ESP ponavlja da sam ovaj princip izvire iz raznih međunarodnih instrumenata i iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama.²²⁴

²²¹ C-555/07, op. cit., 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.

²²² Up: C-144/04 (Mangold), par. 74, i C-555/07 (Kucukdeveci), par. 20.

²²³ C-555/07, paras 44–47.

²²⁴ Ibidem, paras 21, 26–27.

U opisanim okolnostima, na nacionalnom je sudu da, rešavajući spor koji involvira „princip zabrane starosne diskriminacije kako je izražen u Direktivi br. 2000/78“, unutar granica svoje jurisdikcije obezbedi pravnu zaštitu koju pojedinci izvode iz prava EU, i da obezbedi punu primenjivost prava, neprimenjujući ako je potrebno nijednu odredbu nacionalnog prava suprotnu tom principu — tako glasi odgovor ESP nacionalnom sudu koji mu je zatražio mišljenje o ovom prethodnom 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 pritom nema obavezu da sporni predmet uputi u ESP radi pribavljanja odluke o prethodnom pitanju, objašnjava ESP i karakter svoje jurisdikcije. Nacionalni sud ima *mogućnost* da traži odluku o prethodnom pitanju od ESP, pre nego što odbaci sporne nacionalne odredbe, ali ta mogućnost nije pretvorena u *obavezu*. Iz razloga nadređenosti (prvenstva) prava EU, koja 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 u ESP na izjašnjavanje o prethodnom pitanju, čime je ESP želeo da istakne opcionu prirodu takvog ovlašćenja.²²⁵

Rezimirano, 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.²²⁶ 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

²²⁵ Ibidem, paras 51–56.

²²⁶ Prema: Filippo Fontanelli, “Some reflections on the choices of the European Court of Justice in the Küçükdeveci preliminary ruling“, op. cit., p. 19.

direktive „trojanski konj za primenu prava EU“.²²⁷ Uprkos interesu ESP da negira da je došlo do bilo kakvog preokreta u pravnom dejstvu direktiva, očigledno je da Direktiva br. 2000/78 ima veću ulogu, sudeći prema sistematičnoj upotrebi formulacije „princip zabrane starosne diskriminacije koji je dobio izraz u Direktivi 2000/78“. Ovoj formuli je data formalna uloga, odmah uz opšti princip. Pored toga, u više tehničkom smislu, 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 Kučukdeveči, pravni ishod je praktično identičan postojanju neposrednog horizontalnog dejstva direktive, zahvaljujući sličnost sadržaja te direktive i opšteg principa.²²⁸

4.3. O daljem razvoju u kontekstu Povelje o osnovnim pravima

Ukupan dizajn i kontekst analiziranih presuda ESP i SUS sugeriše dalekosežne posledice za savremeni postlisabonski pravno-politički aranžman. *Mangold* presude, I i II, tiču se temeljnog principa prava EU — nadređenosti ili prvenstva evropskog prava, zatim raspodele nadležnosti između evropskog i nacionalnog nivoa, i sl. Oni su važni i kao primer 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. Povelji, od kojih mnogi imaju status opštih principa EU, stekle su neposredno horizontalno dejstvo, u tom smislu što čine lakšom direktnu horizontalnu primenu Povelje time što specifikuju njen sadržaj. Horizontalna primena Povelje

²²⁷ Ibidem, p. 20.

²²⁸ Ibidem, p. 21.

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.²²⁹ Sa jedne strane, pozdravlja se ovakav razvoj, kao i to što je, između redova Mangold i Kučukdeveči 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 doprinosu 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 principom ili odredbom Povelje), može da dovede do toga da nevinu građani budu kažnjeni na sudu.²³⁰

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.²³¹

²²⁹ Ibidem, p. 22.

²³⁰ Ibidem, pp. 22–23. U citiranom tekstu se zaključuje da je presudom Kučukdeveči ESP „konačno ispunio preambulu Povelje, koja upozorava korisnike prava zaštićene u njoj da „uživanje ovih prava povlači za sobom i odgovornosti“.

²³¹ 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*, op. cit., pp. 1-25.

IV

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Da li, na kraju, možemo da kažemo ko je konačni sudija o ustavnosti u EU, posebno u uslovima sukoba nadležnosti evropskih i nacionalnih organa, Sud pravde EU ili nemački nacionalni Savezni ustavni sud? Na primeru Nemačke videli smo da nacionalni SUS priznaje načelo prvenstva prava EU samo „u principu”, budući da postoje odredbe unutrašnjeg prava koje čine tzv. ustavni identitet (vrednosti koje, po svom fundamentalnom kvalitetu, nisu podložne bilo kakvim promenama), za koje važi apsolutna nepromenljivost u pogledu prava EU. Ustavni identitet je osnova za novu proceduru „kontrole identiteta“ (nem. *Identitätskontrolle*), a osim toga, SUS zadržava za sebe pravo na rezervnu kontrolnu nadležnost da li postoje prekoračenja ovlašćenja organa EU (nem. *Ultra-vires-kontrolle*), koja preuzima ranije iskaze o „pravnim instrumentima koji prekoračuju granice“ i klasičan koncept javne vlasti koja deluje bez nadležnosti.²³² Ovim sudskim kontrolama mogu se osporiti odredbe prava EU, odnosno može doći do proglašenja komunitarnog zakona neprimenjivim u Nemačkoj, ali će, kako je pokazao SUS i u Lisabonskoj presudi i u potonjoj sudskoj praksi, one kao takve biti korišćene samo u pogledu „očiglednih“ prekoračenja granica nadležnosti, „izuzetno“, „uzdržano“ i na način koji je „otvoren“ prema pravu EU.²³³

Šta tačno znače navedeni pojmovi i izneti stavovi kroz koje nemački Ustavni sud, koji važi kao jedan od konzervativnijih u EU, izlaže sopstvenu filozofiju evropske integracije sa, kako se

²³² Frank Schorkopf, "The European Union as An Association of Sovereign States, op. cit., pp. 1238-40.

²³³ BVerfG, 2 BvR 2661/06, paras 58-61, 101.

ocenjivalo, generalno skeptičnim tonom? Tragajući za odgovorom na to pitanje u ovoj knjizi, analizirana je sudska praksa u predmetima Lisabon (2009), Mangold (2005, 2010) i Kučukdeveči (2010), koji predstavljaju paradigmatičke primere za eventualno rešenje više dilema preostalih posle ratifikacije Lisabonskog ugovora, a koje se tiču podele nadležnosti između EU i država članica i kontrole prekoračenja tih nadležnosti; neposredne primene i dejstva prava EU u državama članicama; i zabrane diskriminacije u oblastima zapošljavanja i rada. Ovi slučajevi pokazuju do koje mere ESP zadire u nadležnosti država članica, posebno u oblastima koje su formalno preostale u nadležnosti država kao što je to slučaj sa radnim odnosima, kada primenjuje opšti princip „jednakog tretmana“ i zabrane diskriminacije.

Analizirani slučajevi sugerišu moguću primenu opšteg principa „jednakog tretmana“ i u drugim oblastima (osim radnih odnosa i socijalno-ekonomke politike), i to ne samo u pogledu diskriminacije na osnovu godina, nego i po bilo kom drugom osnovu pomenutom u Ugovorima i Povelji o osnovnim pravima koja je u međuvremenu (sa ratifikacijom Lisabonskog ugovora) dobila pravni status sličan Ugovorima. Ti drugi osnovi diskriminacije za koje navedeni slučajevi mogu predstavljati presedane su: pol, rasa, etničko i socijalno poreklo, genetske osobine, jezik, religija ili vera, političko ili drugo mišljenje, pripadnost nacionalnoj manjini, svojina, rođenje, invalidnost, i seksualna orijentacija.²³⁴

Gde se tačno nalazi granica između evropskih i nacionalnih nadležnosti, posebno kada se primenjuju opšti princip zabrane diskriminacije i Povelja o osnovnim pravima, ostaje pitanje koje će, bez sumnje, i dalje okupirati stručnu i širu evropsku javnost. To su osetljiva pitanja i zbog toga što ESP prati uporna i dosledna kritika na račun „sudskog aktivizma“, posebno u pogledu tumačenja ili oblikovanja antidiskriminacionog prava u nizu direktiva usvojenih u novom milenijumu koje otvaraju manevarski prostor za široka tumačenja sopstvene nadležnosti.

²³⁴ Revidirana verzija člana 21.1 Povelje.

Tokom istorije evropske integracije, u odgovoru na postavljene dileme o evropskim i nacionalnim nadležnostima, ESP je razvijao doktrinu prvenstva prava, polazeći od shvatanja o Ugovorima kao „nezavisnom izvoru prava“, o „posebnom karakteru“ prava EU, i „novom pravnom poretku međunarodnog prava“ u korist koga su države članice ograničile svoja suverena prava (doduše u ograničenoj oblasti). Prema doktrini ESP koja je fundamentalna za funkcionisanje same EU, u slučajevima kada je suočen sa odredbama unutrašnjeg i evropskog prava koje na drugačiji način regulišu jedno isto pitanje, nacionalni organ dužan je da primeni pravo EU, a tumačenje primarnog i sekundarnog prava dodeljeno je evropskoj sudskoj vlasti—ESP, koja obezbeđuje, u okviru svoje jurisdikcije, da se u tumačenju Ugovora primenjuje navedeno pravilo. ESP ima nadležnost da (posredstvom postupka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju) učini obavezujućom za sudove država članica svaku presudu koja se tiče tumačenja Ugovora i važenja akata institucija EU, i to putem zapovesti da primenjuju zakon usvojen kroz nacionalne akte ratifikacije.

Tokom vremena je sam ESP istrajavao, takođe, i na neprihvatanju neposrednog horizontalnog dejstva *direktiva*, ali je im ipak pripisivao određeno neposredno dejstvo iz razloga praktičnog dejstva (*l'effet utile*) zakonodavstva EU. Budući da je oblast zapošljavanja i radnopravnih odnosa uglavnom u nadležnosti država, i da tu većina propisa EU ima oblik direktiva, odluka ESP da proširi princip neposrednog dejstva na direktive ovde od ključnog značaja. Za slučajeve koji se razmatraju u ovoj knjizi relevantan je još jedan mehanizam zaobilaznja dosadašnje sudske prakse — preko priznanja neposrednog horizontalnog dejstva *opštih principa*, i posebno principa zabrane (starosne) diskriminacije. Pokazalo se da se ovaj princip, osim što nadahnjuje tumačenje i inspiše primenu specifičnih pravila, u krajnjem, priziva i u privatnim parnicama.

Sa druge strane, ostvarenje jasnosti i transparentnosti u raspodeli nadležnosti između država članica i EU, bio je jedan od ciljeva Lisabonskog ugovora, koji je, u tom kontekstu, posebno istakao *princip prenosa* nadležnosti, kojim se podseća na to da su međunarodne

organizacije sekundarnog, izvedenog pravnog i političkog statusa. Iz njega SUS izvodi stav da države članice predstavljaju primarnu političku oblast politike, dok EU ima sekundarnu tj. delegiranu odgovornost, kao i stav o sprovođenju principa prenosa „na ograničen i kontrolisan način“.²³⁵ Time se daje veća važnost nacionalnim ustavnim osnovama članstva države u EU. U Nemačkoj je jedna od tih osnova ustavna opredeljenost za „otvorenost” prema pravu EU i evropskoj integraciji, prema kojoj Nemačka može učestvovati u razvoju EU „koji je posvećen demokratskom, socijalnom i federalnom principu, vladavini prava, i principu supsidijarnosti“, i koji garantuje onaj nivo zaštite osnovnih prava koji je suštinski uporediv sa onim pravima koja su dodeljena Osnovnim zakonom.²³⁶ To, drugim rečima, znači i da će SUS pristupati kontroli ustavnosti prava EU *ukoliko* se njime ne garantuje zaštita ljudskih prava ekvivalentna onoj koju pruža nemački Ustav.

Prve prilike u kojima je nemački SUS preispitivao postojanje *ultra vires* akata ESP posle ratifikacije Lisabonskog ugovora, bili su predmeti *Mangold* (2010) i *Kučukdeveči* (2010). Rešenja ovih predmeta mogla bi biti indikator toga da li će SUS omekšati projekat nacionalne ustavne kontrole ili će mu dati novi kredibilitet u praksi. U ovim prilikama, nemački SUS je potvrdio da će kontrolisati EU institucije, tj. to da li one ostaju unutar nadležnosti koje su im poverene, ali je uslove koji treba da se ispune da bi neki akt EU bio proglašen *ultra vires* aktom toliko striktno definisao da je malo verovatno da će slični predmeti uopšte više i biti uspešno postavljeni pred SUS. Iz perspektive usvojenih presuda SUS u ovim potonjim sporovima, čini se da je „Lisabonska presuda” sa daljim pojašnjenjem mogućnosti nacionalne ustavne kontrole akata EU, bila ipak samo prazna pretnja, što je verovatno dobra vest za evropske integracije, ali će, bez sumnje, izazvati dalje kritike zbog doktrinarne nedoslednosti SUS i eventualne pravne nesigurnosti u praksi.

*

²³⁵ BVerfG, 2 BvR 2661/06, par. 97.

²³⁶ Član 23. nemačkog Osnovnog zakona.

U analiziranim predmetima — *Lisabon, Mangold* i *Kučukdeveči*, nemački SUS je izneo sopstveno viđenje prirode evropske integracije i nekih od njenih bitnih, ali spornih institucionalnih i proceduralnih pitanja. U doktrinarnom smislu, posebno iscrpna i kontroverzna je presuda SUS u prvom navedenom predmetu. Baveći se žalbenim navodima koji ukazuju na demokratski deficit u izboru i odlučivanju evropskih institucija, i posebno na narušavanje principa demokratije i principa suvereniteta Nemačke u okviru nove lisabonske konstrukcije EU, SUS je potvrdio prvenstvo prava EU i, istovremeno, iscrtao neke važne granice za evropsku integraciju — na način koji navodi na ocene da verovatno nema presude u istoriji suda iz Karlsruhea u kojoj je argumentacija bila toliko suprotna aktuelnom ishodu. Obrazlažući svoju odluku o ustavnosti Lisabonskog ugovora i o potrebi da se izmeni prateće zakonodavstvo u cilju jačanja prava učešća nemačkog parlamenta u evropskim poslovima, SUS je odobrio najdalekosežniju reformu evropskih ugovornih osnova od Maastrichta na ovamo, a da pri tome nije ponudio nijedan ozbiljan argument za zaključak koji je postigao.²³⁷

Argumentacija koju je SUS izložio oslanja se, u najkraćem, na princip jednakosti država, i demokratski suverenitet naroda. Evropska unije je, za nemački SUS, i dalje zajednica suverenih nacionalnih država (nem. *Staatenverbund*), što je koncept uveden još 1993. presudom SUS o ustavnosti Ugovora iz Maastrichta, a dalje razrađen prilikom preispitivanja ustavnosti nemačke ratifikacije Lisabonskog ugovora. Pod pojmom „zajednice“ (nem. *Verbund*, eng. *association*), SUS podrazumeva „uniju suverena“ (nem. *Herrschaftsverband*, eng. *union of rule*), odnosno „blisku dugoročnu zajednicu država koje ostaju suverene, zajednicu koja vrši javnu vlast na bazi ugovora, čiji fundamentalni poredak, međutim, ostaje na raspolaganju samih država članica, u kojoj narodi država članica — građani država članica, ostaju subjekti demokratske legitimacije“.²³⁸ Dok se, kako je zaključio SUS, sa jedne strane obim slobode akcije

²³⁷ Christoph Schönberger, „*Lisbon* in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones At Sea“, op. cit., p. 1201.

²³⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08, par. 229.

EU povećava stalno i znatno (i to ne samo sada sa Lisabonskim ugovorom) — do toga da u nekim oblastima politike EU liči na saveznu državu tj. federaciju, sa druge strane se, međutim, unutrašnje procedure donošenja odluka i imenovanja i dalje pretežno odvijaju prema obrascu međunarodne organizacije, to jest — odgovaraju međunarodnom pravu, pa je struktura EU i dalje suštinski izgrađena na principu *jednakosti država*. Prema SUS, sve dok jedinstveni evropski narod, kao subjekt legitimacije, ne bude mogao da izrazi svoju većinsku volju na politički uspešan način koji dovoljno odražava pravo na jednakost u kontekstu stvaranja evropske federacije, narodi koji su konstitutivni u državama članicama ostaju odlučujući nosioci javne vlasti, uključujući i vlast Unije.²³⁹

Narodi država članica su, dakle, prema SUS, nosioci ustavotvorne moći — kako u svojim državama, tako i u okviru EU — koja je sekundarni, izvedeni pravni poredak. Moć raspolaganja osnovnim elementima Osnovnog zakona, tj. „ustavnim identitetom“ kao neotuđivim elementom demokratskog samoopredeljenja naroda, nije data ni nemačkim organima zakonodavne, izvršne i sudske vlasti. Zato u cilju poštovanja biračkog prava i očuvanja demokratskog samoopredeljenja naroda, SUS smatra da on mora da nadgleda, u okviru svojih nadležnosti, da vlast Unije svojim suverenim aktima ne povredi „ustavni identitet“ i da ne učini očigledna prekoračenja nadležnosti koja joj je dodeljena. Zbog toga, prenos nadležnosti na EU koje su Lisabonskim ugovorom još jednom povećane, i nezavisnost postupaka donošenja odluka, zahtevaju efikasnu *ultra vires* kontrolu i kontrolu identiteta. „Ustavni identitet“ se posebno odnosi na očuvanje onih oblasti delovanja koje su suštinske za razvoj demokratski formiranog mišljenja: krivično pravo, civilni i vojni monopol na upotrebu sile, fundamentalne fiskalne odluke o javnim prihodima i rashodima, odluke o oblikovanju uslova života u socijalnoj državi, odluke koje posebno zavise od prethodnog razumevanja kulture, istorije i jezika (porodično pravo, obrazovanje, mediji, verske zajednice, i sl). Eventualno prekoračenje praga za

²³⁹ Federal Constitutional Court - Press office - Press release no. 72/2009 of 30 June 2009.

federalnu državu i napuštanje nacionalnog suvereniteta zahteva, prema tumečenju SUS-a, slobodnu odluku nemačkog naroda. A ukoliko bi se tokom daljeg razvoja evropske integracije pojavila neravnoteža između karaktera i stepena suverenih nadležnosti EU, sa jedne strane, i stepena demokratske legitimacije sa druge strane, Nemačka bi, prema SUS, morala da radi na promeni tog stanja i da, u najgorem slučaju, odbaci dalje članstvo u EU.

Identifikovani jaz između obima moći donošenja odluka u rukama institucija EU i demokratske moći akcije građana u državama članicama može da se smanji, ali ne i potpuni, daljim razvoje nadležnosti Evropskog parlamenta. Prema SUS, ni u pogledu sastava, niti u pogledu mesta u evropskoj strukturi nadležnosti, Evropski parlament nije dovoljno opremljen da bi preduzimao glavne odluke o političkom smeru Unije. Prema zahtevima koji su postavljeni za demokratiju unutar države, izbori za Evropski parlament ne uzimaju dovoljno u obzir jednakost država, te stoga EP ne može da bude oslonac parlamentarnoj vladi, niti da se organizuje u vidu stranačke politike u sistemu vlade i opozicije na takav način da odluke o političkom smeru koje donose evropski birači imaju odlučujući politički uticaj. Zbog tog „strukturnog demokratskog deficita“, koji ne može biti rešen unutar zajednice suverenih nacionalnih država, dalji koraci integracije koji idu izvan *statusa quo* ne mogu da potkopaju političku moć delovanja država, niti da naruše princip prenosa nadležnosti, zaključio je SUS. Ako bi se moglo govoriti o gubitniku u ovom procesu pred nemačkim SUS, to bi onda bio Evropski parlament koji je, na neki neki način, identifikovan kao izvor „strukturnog demokratskog deficita“ u EU, što je sasvim suprotno preovlađujućoj percepciji o ovoj instituciji, kao i njenoj vlastitoj samopercepciji.

Sa presudom SUS o ustavnosti Lisabonskog ugovora na dobitku je, moglo bi se reći, nemački parlament, Bundestag. Naime, kako je objasnio SUS, u Nemačkoj, pristupanje evropskoj federaciji zahteva donošenje novog ustava koje bi odgovaralo deklarisanom odricanju od suverene državnosti koju obezbeđuje Osnovi zakon, a takav akt SUS za sada ne identifikuje. Prema ovom sudu, EU nastavlja da bude zajednica suverenih država zasnovana na međunarodnom pravu,

zajednica koju kontinuirano svojom ugovornom voljom podržavaju suverene države članice. Prvenstvena odgovornost za integraciju nalazi se u rukama državnih ustavnih organa koji deluju u ime naroda. Međutim, SUS je istakao da će, kako se budu dalje povećavale nadležnosti i nezavisnost institucija EU, biti nužne garancije zaštite fundamentalnog *principa prenosa* nadležnosti (koji se sprovodi na restriktivan i kontrolisan način od strane država članica). Pored neophodnosti donošenja novog ustava u slučaju formiranja evropske federacije i pristupanja Nemačke istoj, SUS je istakao i posebnu odgovornost nemačkih zakonodavnih tela (pored Savezne vlade) i potrebu usvajanja posebnog zakona *lex specialisa*, za svaku promenu teksta evropskog primarnog prava preko „dinamičnih“ procedura odlučivanja i eventualne revizije ugovora bez procedure ratifikacije. Tako zakonodavni organi savezne države, prema SUS, izvršavaju svoju političku odgovornost uporedivu sa procedurom ratifikacije. Time je u Nemačkoj praktično ukinuta mogućnost za delimično fleksibilniju ugovornu revizu, predviđena Lisabonskim ugovorom, tj. mogućnost prećutnog davanja saglasnosti za reviziju od strane nacionalnog parlamenta, najvećeg dobitnika ovog procesa.

Fundamentalni prigovor na logiku „Lisabonske presude“ SUS je to što se njom, sa jedne strane, tvrdi da sadašnje stanje EU ne zadovoljava zahteve demokratske legitimacije koji važe za države, dok se, sa druge strane, istovremeno zabranjuje da EU i formalno postane federacija ukoliko bi pokušala da prevaziđe taj manjak. Dakle, pretvaranje EU u državu zabranjeno je „klauzulom o večnosti“ (nekim odredaba) iz nemačkog Ustava, i ono zahteva intervenciju naroda putem ustavotvorne moći. Čini se da je EU tako ostala „zaglavljena u konceptualnom i konstitucionalnom limbu“,²⁴⁰ odnosno u sopstvenom *sui generis* statusu „zajednice suverenih država“.

Kakav je, nakon navedenih određenja karaktera evropske integracije, stav nemačkog SUS, u odnosu na ključni princip evropske

²⁴⁰ Christoph Schönberger, „Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea“, op.cit., pp. 1208-1213.

integracije — prvenstvo prava EU? Nemački SUS, naime, smatra da, on može da prizna konačni karakter odluka ESP samo „u principu”.²⁴¹ On je zadržao načelni stav o nadređenost evropskog prava *preko ustavnog ovlašćenja*, iz koga zaključuje da vrednosti kodifikovane Lisabonskim ugovorom, u slučaju sukoba zakona, ne mogu biti nadređene „ustavnom identitetu“ država članica koji je, u slučaju Nemačke, i ustavno zaštićen putem „kontrole identiteta“. Prvenstvo primene evropskog prava, ostaje, prema SUS, i po stupanju na snagu Lisabonskog ugovora — institut prenet međunarodnim ugovorom, tj. izvedena ustanova koja bi, shodno mišljenju ovog respektabilnog ustavnog suda, pravni efekt u državi članici imala „samo uz zapovest“ da se primenjuje zakon koji je usvojen nacionalno — putem akta ratifikacije. SUS to tumači kao posledicu kontinuirane suverenosti država članica: „Iz kontinuiranog suvereniteta naroda koji je usidren u državama članicama, i iz okolnosti da države ostaju gospodari ugovora, sledi — barem do formalnog osnivanja evropske federalne države i promene subjekta demokratske legitimacije koja time mora biti eksplicitno izvršena — da države članice ne mogu biti lišene prava da preispituju poštovanje programa integracije”. SUS je zaključio da upravo on preispituje da li pravni instrumenti evropskih institucija i organa ostaju unutar granica suverenih nadležnosti koje su im dodeljene, kao i to „da li sudska vlast Zajednice tumači Ugovore na ekstenzivan način koji se svodi na nedozvoljenu i samostalnu ugovornu reviziju“.²⁴²

U svakom slučaju, SUS smatra da on može, izuzetno i pod specijalnim i uskim uslovima, da objavi da je neki zakon EU neprimenjiv u Nemačkoj, i to *de facto* ne smatra suprotnim načelu „otvorenosti prema pravu EU“, tj. učešću u realizaciji ujedinjene Evrope. SUS je još jednom podsetio na činjenicu da takva pravna figura ne samo da je poznata u međunarodnim pravnim odnosima — kad se upućuje na *ordre public* kao granicu obavezivanja na osnovu ugovora, i da ona odgovara, ako se koristi na konstruktivan način, i ideji konteksta (objašnjenja) političkog poretka koji nije strukturiran

²⁴¹ BVerfG, 2 BvE 2/08, par. 336-338.

²⁴² Ibidem, paras 340, 336-338.

prema strogoj hijerarhiji. Nije protivno načelu „otvorenosti prema međunarodnom pravu“ ako, izuzetno, zakonodavac ne poštuje pravo međunarodnih ugovora — prihvatajući, ipak, odgovarajuće posledice u međunarodnim odnosima — ako je to jedini način na koji povreda osnovnih ustavnih principa može biti otklonjena.²⁴³ U krajnjem su, dakle, „večni“ principi nemačkog Ustava iznad i evropskog i međunarodnog prava, i to nije u suprotnosti sa nemačkim principom „otvorenosti“ prema njima.

*

U narednom spornom predmetu *Mangold* (2010), SUS je potvrdio preliminarno mišljenje ESP (2005) o istoimenom sporu, ali i to da on daje konačnu reč o *ultra vires* aktima institucija EU. Prvenstvo primene prava EU ne može biti sveobuhvatan koncept, prema mišljenju SUS obrazloženom u ovoj drugoj presudi, budući da je evropsko pravo i, uopšte, EU — izvedenog karaktera. Ako bi se države članice sasvim odrekle *ultra vires* kontrole, to bi značilo da ugovornom osnovom raspolažu samo organi EU, koji čak mogu, kako objašnjava SUS, da protumače neki zakon na taj način da praktični rezultat bude revizija ugovora ili proširenje nadležnosti. „To što u graničnim slučajevima mogućeg prekoračenja nadležnosti od strane organa EU — koji nisu česti, što bi se očekivalo na osnovu institucionalne i proceduralne opreznosti prava EU, perspektiva ustavnog prava i perspektiva prava EU nisu potpuno harmonizovane, zasluga je činjenice da su države članice i dalje gospodari ugovora i po stupanju na snagu Lisabonskog ugovora, i toga što prag za stvaranje federacije još uvek nije pređen.“²⁴⁴ Eventualne tenzije između evropskog i nacionalnog prava se, prema ovoj konstrukciji, mogu harmonizovati kooperativno i kroz uzajamno uvažavanje u skladu sa idejom evropske integracije.

EU se, dakle, shvata, u tumačenju nemačkog SUS, pravnom zajednicom posebno ograničenom principom prenosa i fundamen-

²⁴³ Ibidem, par. 340.

²⁴⁴ BVerfG, 2 BvR 2661/06, par. 57.

talnim pravima, koja poštuje „ustavni identitet“ država članica. Povreda principa prenosa „očigledna“ je samo ako su evropski organi prekoračili granice nadležnosti na način koji posebno krši princip prenosa; drugim rečima — ako je povreda nadležnosti „dovoljno kvalifikovana“, a sporni akt „veoma značajan u strukturi nadležnosti“ između država članica i EU. SUS je istakao i to da čak i dalji razvoj prava — ako se sprovodi unutar postavljenih granica, u supranacionalnoj asocijaciji može posebno da doprinese razgraničenju nadležnosti uz poštovanje fundamentalnih odgovornosti država članica prema Ugovorima, kao i regulativnih nadležnosti zakonodavstva EU. Dalji razvoj prava koji sledi instrukcije postavljene u zakonima ili međunarodnom pravu ne predstavlja, dakle, „zakonodavstvo koje ima političku slobodu“, ali njime se prekoračuju granice ako se menjaju jasno priznate zakonske odluke, ako se time izazivaju strukturalne promene u sistemu podele ustavne vlasti i uticaja, ako se stvaraju nove odredbe bez dovoljno povezanosti sa postojećim pravnim izrekama, i ako se fundamentalno menjaju političke odluke koje su iznad individualnih slučajeva.²⁴⁵

Glavno ograničenje na nivou EU za dalji razvoj prava od strane sudija ESP jeste princip prenosa, koji je veoma važan za vrlo federalizovanu, kooperativnu strukturu EU, sličnu državi u mnogim oblastima — i po obimu nadležnosti, i po organizacionoj strukturi i procedurama, ali koja nema karakteristike federacije. Sa druge strane, i države članice imaju samo ograničena individualna suverena prava, što znači i to da se *ultra vires* kontrola može sporovoditi samo *rezervisano*, bez ugrožavanja principa nadnacionalne integracije, a u svakom posebnom slučaju nacionalne ustavne *ultra vires* procedure, mora da postoji prethodno pribavljeno pravno stanovište ESP, jer se moraju „očuvati zadatak i status nezavisne naddržavne sudske prakse“.²⁴⁶

*

²⁴⁵ Ibidem, par. 62-64.

²⁴⁶ Ibidem, paras 66-67.

Kao i u predmetu *Mangold*, i u slučaju *Kučukdeveçi* (2010) ESP je presudio 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 njegovog neposrednog horizontalnog dejstva u radnopravnim sporovima između privatnih lica. Princip zabrane starosne diskriminacije se mora smatrati opštim principom komunitarnog prava zato što činjenice tog predmeta fundamentalno spadaju u okvir primene „Direktive o jednakom tretmanu“ iz 2000. godine — prema mišljenju ESP u predmetu *Mangold* koje je potvrdio i SUS. Sa primenom te direktive *unapred* u presudi *Mangold* ESP-a, stvorena je, prema SUS, dalja grupa predmeta za tzv. *negativno dejstvo direktiva*. Kao i sudska praksa o „negativnom“ dejstvu direktive, i ovaj postupak služi, konačno, sprovođenju postojećih obaveza država članica, ali, kako je dalje protumačio SUS u ovom predmetu, ne stvara nikakve nove obaveze za njih kršenjem principa prenosa. SUS je zaključio da se opštim principom zabrane starosne diskriminacije izvedenim iz ustavne tradicije zajedničke državama članicama ne stvara nova oblast nadležnosti za EU na štetu država članica, niti se postojeće nadležnosti šire; a nosim toga, opšti principi i ne mogu da prošire oblast uticaja prava EU van postojećih nadležnosti, niti da uvedu nove zadatke i nadležnosti. Kao rezultat svega, direktive koje sadrže detalje o principima navedenim u Ugovorima, tj. Povelji o osnovnim pravima, od kojih mnogi imaju status opštih principa EU, stekle su neposredno horizontalno dejstvo, u tom smislu što čine lakšom direktnu horizontalnu primenu Povelje EU o osnovnim pravima — jer specificuju njen sadržaj.

*

Ukupan dizajn i kontekst analiziranih presuda ESP i SUS, kojima je došlo do svojevrzne „horizontalizacije“ jednog opšteg principa, odnosno do njegovog direktnog delovanja u horizontalnim scenarijima između privatnih lica, sugerišu dalekosežne posledice za

savremeni postlisabonski pravno-politički aranžman. *Mangold* presude, I i II, tiču se temeljnog principa prava EU — nadređenosti ili prvenstva evropskog prava, zatim raspodele nadležnosti između evropskog i nacionalnog nivoa, i sl. Oni su važni i kao primer za primenu Povelje o osnovnim pravima nakon ratifikacije Lisabonskog ugovora, sa kojom je ona stekla pravnu prirodu sličnu Ugovorima, što daje mogućnost privatnim licima da se na nju pozovu i u privatnim sporovima.

Horizontalno dejstvo Povelje izražava duboki razvoj sistema EU, utoliko što ona uspostavlja nove obaveze za građane EU (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 presuda *Mangold* i *Kučukdeveči*, nagoveštena „nova ideja solidarnosti, koja bar jednom nije zasnovana na oportunističkom čitanju građanstva“.²⁴⁷ Privatni subjekti su time pozvani da doprinosu 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 principom ili odredbom Povelje), može da dovede do toga da nedužni građani budu kažnjeni na sudu.²⁴⁸

Slučajevi *Lisabon*, *Mangold* i *Kučukdeveči* pokazuju do koje mere ESP zadire u nadležnosti država članica kada na oblasti koje su čak i formalno preostale državama, kao što je slučaj sa radnim odnosima, primenjuje opšti princip „jednakog tretmana“ i zabrane diskriminacije. Mada su oba suda, i ESP i SUS, presudili da u ovim slučajevima nije došlo do prekoračenja nadležnosti EU, ove sporove obeležava nastavak uporne i dosledne kritike na račun „sudskog aktivizma“, posebno u

²⁴⁷ Filippo Fontanelli, “Some reflections on the choices of the European Court of Justice in the *Kücükdeveci* preliminary ruling”, op. cit., pp. 22–23.

²⁴⁸ *Ibidem*.

pogledu tumačenja ili, bolje reći, oblikovanja antidiskriminacionog prava od strane ESP u nizu direktiva usvojenih u novom milenijumu koje otvaraju manevarski prostor da ESP široko protumači sopstvene nadležnosti.

Sve u svemu, nemački SUS je potvrdio da će kontrolisati EU institucije, tj. to da li one ostaju unutar nadležnosti koje su im poverene, ali je uslove koji treba da se ispune da bi neki akt EU bio proglašen ultra vires aktom toliko striktno definisao da je malo verovatno da će ubuduće slični predmeti biti uspešno postavljeni pred SUS.

Granice primene opšteg principa zabrane diskriminacije ostaju otvorene i za druge oblasti osim radnih odnosa i socijalno-ekonomske politike, i to ne samo u pogledu diskriminacije na osnovu godina starosti, 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.

Ostaje otvoreno i bitno pitanje da li je poželjno da od sadržaja nekodifikovanih opštih principa (za razliku od pozitivnih odredaba), zavisi skup primenjivih prava i obaveza pojedinaca. Kao što smo videli na konkretnim sporovima, to se završavalo u scenarijima gde pojedinci mogu da se smatraju odgovornim za neuspeh svojih država da se usklade sa dužnostima sprovođenja prava EU u skladu sa opštim principima prava. To na kraju dovodi do situacija gde je sudsko stvaranje novog skupa nepisanih obaveza privatnih subjekata teško pomiriti sa vrednostima pravne sigurnosti.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Banovčanin Heuberger, Irena, „Presuda Saveznog ustavnog suda SR Nemačke o saglasnosti Zakona o potvrđivanju Lisabonskog ugovora sa Ustavom“, *Evropsko zakonodavstvo*, 2009, br. 29-30, str. 214-216.
2. Bauer, Jubst-Hubertus and Christian Arnold, “Auf Junk folgt Mangold – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, 59/6.
3. Craig, Paul and Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, fifth edition, Oxford University Press, 2011.
4. Everson, Michelle, “Is the European court of justice a legal or political institution now?“, *Guardian*, 10 August 2010.
5. Fontanelli, Filippo, “Some reflections on the choices of the European Court of Justice in the Küçükdeveci preliminary ruling“, *Perspectives on Federalism*, Vol. 2, issue 2, 2010, pp. 15-23.
6. Griller, Stefan et al., *National Constitutional Law and European Integration*, European Parliament's Committee on Constitutional Affairs, Directorate General for Internal Policies Policy, Study PE 432.750, Brussels, European Union, 2011. Internet, <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/afco/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=35331,21/6/2011>.
7. Grosser, Alfred, “The Federal Constitutional Court's Lisbon Case: Germany's 'Sonderweg': An Outsider's Perspective“, *German Law Journal*, Special Issue: The Federal Constitutional Court's Lisbon Case“, 2009, Vol. 10, No. 08, pp. 1263-1266.

8. Halberstam, Daniel and Christoph Möllers, "The German Constitutional Court says 'Ja zu Deutschland!'", *German Law Journal*, Special Issue: The Federal Constitutional Court's Lisbon Case, 2009, Vol. 10, No. 8, pp. 1241-1258.
9. Herzog, Roman and Lüder Gerken, "Stop the European Court of Justice", *Euobserver*, 10.09.2008, Internet: <http://euobserver.com/9/26714>, 21/10/2008;
10. Knežević-Predić, Vesna i Zoran Radivojević, Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, *Službeni glasnik*, Beograd, 2009.
11. Kwiecien, Roman, "The Primacy of European Union Law over National Law Under the Constitutional Treaty", *German Law Journal*, Special issue: Unity of the European Constitution, 2005, Vol. 6, No. 11, pp. 1479-1496.
12. Leibfried, Stephan and Karin van Elderen, "And they shall Beat their Swords into Plowshares – The Dutch Genesis of a European Icon and the German Fate of the Treaty of Lisbon", *German Law Journal*, Special Issue: The Federal Constitutional Court's Lisbon Case, 2009, Vol. 10, No. 08, pp. 1297-1308.
13. Micklitz, Hans W., "Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European Social Mode in Anti-Discrimination and Consumer Law", *EUI Working Paper*, European University Institute, Florence, 2009/19.
14. Müller, K., *Réflexions sur l'arrêt de la Cour constitutionnell allemande sur le Trait  de Lisbonne*; Internet: <http://www.toutsaufsarkozy.com>, 22/07/2009.
15. Novićić, Žaklina i 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 i Brano Miljuš (urs), Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2009, str. 155-185.
16. Novićić, Žaklina, „Direktna i horizontalna primena direktive i opšteg principa zabrane starosne diskriminacije – Slučaj Mangold vs. Helm (2005)“, *Evropsko zakonodavstvo*, br. 33-34/10, str. 234-245.

17. Novičić, Žaklina, „Mehanizam ranog upozoravanja na povrede principa supsidijarnosti i proporcionalnosti“, *Evropsko zakonodavstvo*, 2010, br. 31-32, str. 67-76.
18. Novičić, Žaklina, „Preispitivanje ultra vires akta Evropskog suda pravde – Slučaj Mangold/Honeywell“, *Evropsko zakonodavstvo*, 2010, br. 33-34, str. 246-274.
19. Novičić, Žaklina, „Zabrana diskriminacije u pravu EU: ‘horizontalizacija’ opšteg principa i direktive u predmetima Mangold i Kucukdeveci“, u *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije (II deo)*, Duško Dimitrijević (ur.), Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2012, str.
20. Posch, Albert, “The Kadi Case: Rethinking the Relationship Between EU Law and International Law?,” *Columbia Journal of European Law*, 2009, Vol. 15, pp. 1-5.
21. Schmidt, Marlene “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.
22. Schönberger, Christoph, “Lisbon in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones At Sea“, *German Law Journal*, Special Issue: The Federal Constitutional Court’s Lisbon Case“, 2009, Vol. 10, No. 8, pp. 1201-1218.
23. Schorkopf, Frank, “The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon”, *German Law Journal*, Special Issue: The Federal Constitutional Court’s Lisbon Case“, 2009, Vol. 10, No. 8, pp. 1220-1240.
24. Schulyok, Felix, “Mangold is not ultra-vires”, *Adjudicating Europe*, Aug 31, 2010; Internet: <http://adjudicatingeurope.eu/?p=487>, 13/09/2010.
25. Taylor, Peter J., “The state as container: territoriality in the modern world-systemProgress“, *Human Geography*, June 1994, Vol. 18, pp. 151-162.
26. Thomas, Olga, “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, Vol. 18, No. 1, pp. 233-242.
27. Tomuschat, Christian, “The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon”, *Germal Law Journal*, Special Issue: The

Federal Constitutional Court's Lisbon Case", 2009, Vol. 10, No. 08, 1259-1262.

28. Vasconcelos, Margarida, "The ECJ has developed a new doctrine", Bill Cash's European Journal, 5 February 2010. Internet, http://europeanjournal.typepad.com/my_weblog/2010/02/the-ecj-has-developed-a-new-doctrine.html, 10/02/2010.
29. Von Bogdandy, Armin and Jürgen Bast (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Hart Publishing, 2006.

Evropsko zakonodavstvo i sudska praksa

1. 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.
2. Treaty establishing a Constitution for Europe, *Official Journal*, C 310, vol. 47, 16 December 2004.
3. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, *Official Journal*, C 306 of 17 December 2007.
4. Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 303/1; 14.12.2007, pp. 1–15.
5. 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.
6. Council Directive 2000/78, Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, 2000, *Official Journal*, L 303.
7. C-26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, 1963, ECR 1
8. C-6/64, *Flaminio Costa v. ENEL*, 1964, ECR 585; C-48/71, *Commission v. Italy*, 1972, ECR 527, 535
9. C-106/77, *Simmenthal*, 1978, ECR, 629, 643, 644
10. C-453/00, *Kuhne & Heity*, 2004, ECR I-837

11. C-43/75, *Defrenne v. Sabena*, 1976
12. C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 22 November 2005, Reference for a preliminary ruling: Arbeitsgericht München – Germany, European Court reports, 2005, Page I-09981.
13. C-91/92 *Faccini Dori*, 1994, [1994] ECR I-3325
14. C-397-403/01 *Pfeiffer*, 2004, [2004] ECR I-883.
15. C-194/94 *CIA Security*, 1996, [1996] ECR I-2201;
16. C-443/98 *Unilever*, 2000, [2000] ECR I-7535
17. C 555/07, *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, ECR, 2010, I-00365.

Nemačko zakonodavstvo i sudska praksa

1. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Vom 23.05.1949 (BGBl. I S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.07.2012 (BGBl. I S. 1478) m.W.v. 17.07.2012.
2. Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen, *Bundesgesetzblatt*, BGBl. I S 1966, 21. 12. 2000.
3. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, *Bundesgesetzblatt*, BGBl. I Nr. 39, 17. 08. 2006.
4. Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002, *Bundesgesetzblatt*, BGBl. I S. 42, ber. S. 2909, 2003.
5. BVerfG, 2 BvR 2661/06, Bundesverfassungsgericht, Beschluß vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1 – 116).
6. BVerfGE 271, Bundesverfassungsgericht, Beschluß des Zweiten Senats vom 29. Mai 1974.
7. BVerfGE 339, Bundesverfassungsgericht, Beschluß des Zweiten Senats vom 22. Oktober 1986.
8. BVerfGE 155, Bundesverfassungsgericht, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Oktober 1993 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. und 2. Juli 1993.

9. VerfGE 102, Bundesverfassungsgericht, Beschluß des Zweiten Senats vom 7. Juni 2000.
10. BVerfGE 267, Bundesverfassungsgericht, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. und 11. Februar 2009.
11. BVerfG, 2 BvE 2/08, Urteil vom 30. Juni 2009, Absatz-Nr. (1 – 421).

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

340.132(4-672ЕУ)
342.565.2(430)

НОВИЧИЋ, Жаклина, 1970-

Prvenstvo prava Evropske unije i nacionalna kontrola prekoračenja nadležnosti EU - slučaj Nemačke : praksa Suda pravde EU i nemačkog Saveznog ustavnog suda : (predmeti Lisabon, Mangold, Kučukdeveči) / Žaklina Novičić. - Beograd : Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2013 (Novi sad : Mala knjiga). - 146 str. ; 25 cm

Tiraž 300. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija: str. 141-146.

ISBN 978-86-7067-185-0

а) Комунитарно право - Уставност - Судска контрола - Немачка
COBISS.SR-ID 199884044

ISBN 978-86-7067-185-0

Institut za međunarodnu politiku i privredu