

СУДСКА ПРАКСА

UDK:316.647.82:061.1]”2005”
Bibliid 1451-3188, 9 (2010)
Год IX, бр. 33–34, стр. 234–245
Изворни научни рад

мр Жаклина НОВИЧИЋ¹

ДИРЕКТНА ХОРИЗОНТАЛНА ПРИМЕНА
ДИРЕКТИВЕ И ОПШТЕГ ПРИНЦИПА ЗАБРАНЕ
СТАРОСНЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ – СЛУЧАЈ
Mangold vs. Helm (2005)

ABSTRACT

The article deals with the ruling of the European Court of Justice in Mangold case (2005). Although this proceeding has been concerned with an employment issues between private parties – German citizens, ECJ have based its jurisdiction on a general principle of anti-discrimination based on age, which was embodied by the Council directive on equal treatment (2000). However, the period prescribed for the implementation of the Directive into domestic law had not expired neither when the decision was handed down nor when the contested employment contract was concluded. With Manglod ruling, ECJ have *de facto* confirmed direct horizontal effect of a directive and a general principle in the Member State. Critics of the Mangold ruling said that ECJ went beyond its competences in a new way, which ultimately represents just another way for bypassing the doctrine of horizontal application, this time in the field of employment which is mainly in the competences of Member States.

Key words: Preliminary opinion, prohibition of discrimination based on age, fixed-term employment contract, direct horizontal effect of directive and of general principle.

¹ Мр Жаклина Новичић, истраживач-сарадник, Институт за међународну политику и привреду, Београд.

ЧИЊЕНИЦЕ И ПРАВНИ КОНТЕКСТ

Пред радним судом у Минхену (*Arbeitsgericht München*) средином 2003. године покренут је поступак у спору „Манголд против Хелма“ (у даљем тексту Манголд), у којем је немачки држављанин Вернер Манголд (*Werner Mangold*), тада 56 година стар, свега неколико недеља по закључењу уговора о раду на одређено време против тужене стране – предузећа за испоруку аутомобила (адв. *Rüdiger Helm*), покренуо поступак преиспитивања законитости временског орочења његовог радног односа. Поводом овог спора, и с обзиром на његов конфликтни правни контекст (колизија националног и европског закона), Радни суд из Минхена обратио се Европском Суду правде (*Court of Justice*, у даљем тексту ЕСП) тражећи прелиминарно мишљење (претходни поступак) о томе да ли су одредбе националног закона које дозвољавају орочење уговора о раду са радницима старијим од 52 године у складу са комунитарним правом.² Правни оквир овог спора чине један национални закон и две европске директиве који су, како се наводи, у супротности.

– Директива Савета из 1999. године ставља на снагу Оквирни споразум о уговорима о раду на одређено време.³ Она захтева од држава чланица да уведу мере за спречавање евентуалних злоупотреба (нпр. путем сукцесивног склапања уговора на одређено време, члан 5) и да обезбеде мере које ће спречити да њена имплементација послужи као основ за редукцију општег нивоа заштите датог радницима (члан 8.3).

– Директива Савета из 2000. године о једнаком третману уводи генерални оквир за забрану дискриминације у запошљавању.⁴ Она забрањује директну и индиректну дискриминацију на бази, између осталог, година старости (члан 2), али истовремено дозвољава да „државе чланице обезбеде да разлике у третману на основу година не представљају дискриминацију ако се оне, у контексту националног закона, објективно и разумно оправдају легитимним циљем, укључујући легитимну политику запошљавања, тржишта рада и циљева стручног оспособљавања, и ако су средства остварења тог циља „погодна и нужна“ (члан 6.1). Ова директива

² Видети о „претходном поступку“ или „претходним питањима“ (*preliminary ruling*) члан 267 (ex-234) Уговора о ЕУ (у даљем тексту УЕУ).

³ Council Directive 1999/70, Concerning the Framework Agreement on Fixed-Term Work Concluded by ETUC, UNICE and CEEP, *OJ L* 175, 10.7.1999, pp. 43–48.

⁴ Council Directive 2000/78, Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, 2000 *OJ L* 303, p. 16.

је требало да буде имплементирана до почетка децембра 2003. године, али је Немачка искористила опцију продужене имплементације за још 3 године, те је време транспозиције ове директиве продужено до 2. децембра 2006. године.

– Немачки закон о раду, тј. Закон о раду на скраћено и одређено време из 2000. године којим се тражи објективно оправдање за ограничавање периода трајања уговора о раду за раднике са преко 58 година старости.⁵ Тај закон је, међутим, промењен 2002. године да би омогућио да се уговори на одређено време склапају и без таквог оправдања – у случају радника са, сада, преко 52 године старости (уместо ранијих 58). Ова мера којом се, како се каже, хтело охрабрити запошљавање старијих радника, у контексту немачке реформе и либерализације тржишта рада, требало је да се оконча крајем 2006. године, неколико недеља након датума до кога је Немачка морала да имплементира Директиву из 2000. године.

Радни суд из Минхена тражио је тумачење од ЕСП да ли је наведени национални закон у складу са наведеним комунитарним правом. Наиме, у жалбеним наводима господина Манголда наводи се да се у његовом случају ради о јасној старосној дискриминацији према Директиви о једнаком третману. ЕСП је издао прелиминарно мишљење крајем 2005. године (22.11).⁶ У овој врло контроверзној и критикованој пресуди, ЕСП заузима став да треба ставити ван снаге националне мере које су у супротности са европским директивама и општим принципом забране старосне дискриминације. Дакле, одредбе националног закона у оквиру немачке реформе тржишта рада представљале су кршење Директиве о једнаком третману, иако је Немачка имала времена до краја 2006. године да директиву инкорпорира у национално право. ЕСП је односне одредбе немачког Закона о раду прогласио дискриминативним и неважећим, и то на бази општег принципа и директиве која није била имплементирана. Као резултат, с обзиром на то да се овде ради о приватно-правном односу, ова пресуда је директно утицала на односе између појединаца (директна хоризонтална примена).

⁵ Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen, 21. 12. 2000.

⁶ Case 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.

РЕЗИМЕ ПРЕСУДЕ

Основни налази Европског суда правде у предмету Манголд, могу се резимирати на следећи начин.

1) У погледу јурисдикције за прелиминарни поступак; ЕСП је позиван да одговори на претходно питање од стране националног суда, који је сам директно упознат са чињеницама предмета. Када се питање које подноси национални суд тиче тумачења комунитарног права, ЕСП је, у принципу, обавезан да изда мишљење. ЕСП може, ако је потребно, да преиспитује и околности на које га упути национални суд да би проценио да ли он уопште има јурисдикцију. У образложењу своје надлежности ЕСП се позива на „дух сарадње“ који мора да превагне у процедурама прелиминарног мишљења, што захтева и од националних судова да, са своје стране, узму у обзир функцију поверену Суду правде да „доприноси администрирању правде у државама чланицама, а не да издаје мишљења о општим или хипотетичким питањима“.⁷

2) У вези Директиве из 1999. године, ЕСП каже да њена одредба (члан 5) није релевантна за исход спора пред националним судом, зато што се спор односи на један појединачни уговор о раду, а не на „сукцесивно коришћење више уговора на одређено време“.⁸ Осим тога, одредба Директиве из 1999. којим се ставља на снагу Оквирни споразум о ороченим уговорима о раду (члан 8.3) не забрањује да се унутрашњим законом смање године старости изнад којих се могу закључивати уговори на одређено време и без објективног оправдања; међутим, овом члану није противан национални закон који се не оправдава потребом примене Оквирног уговора, него разлозима сасвим посебне потребе да се охрабри запошљавање старијих особа у Немачкој.⁹

3) Што се тиче Директиве из 2000. године (члан 6.1) Суд подсећа да је њена сврха да постави генерални оквир за спречавање дискриминације у запошљавању на бази, између осталог, година старости. Међутим, она дозвољава „објективно и разумно“ оправдање прављења разлике у третману на основу година старости које је оправдано легитимним циљем, укључујући легитимну политику запошљавања, тржишта рада и циљева професионалне обуке, и ако су средства остварења тог циља „погодна и

⁷ Case C-144/04, para. 34-36.

⁸ *Ibidem*, para. 41-43.

⁹ *Ibidem*, para. 48-49, 52-54.

нужна“.¹⁰ Национални Закон о раду (члан 14.3) уводи разлику у третману директно на бази година, тиме што дозвољава послодавцу да закључи, без рестрикција, уговор на одређено време са радником старијим од 52 године живота. ЕСП закључује да је из докумената јасно да је сврха тог закона постављена као „унапређење професионалне интеграције незапослених старијих радника“ (уколико они имају значајне тешкоће у налажењу посла). Легитимност таквог циља јавног интереса не може се разумно доводити у сумњу, према ЕСП. По правилу се, дакле, мора сматрати да циљ такве врсте оправдава разлике у третману на бази година које државе чланице постављају „објективно и разумно“.¹¹

4) С обзиром на „погодна и нужна средства“ у оправдању разлике у третману, ЕСП каже да, сходно тренутној формулацији одредбе, државе чланице ЕУ уживају широку дискрецију у избору средстава у области социјалне политике и политике запошљавања.¹² Међутим, ако примена односног унутрашњег закона, како је истакао национални суд, „доводи до ситуације у којој свим радницима који су напунили 52 године живота, без разликовања у погледу тога да ли су били запослени пре него што је уговор закључен или нису, и без обзира на трајање неког периода незапослености, све до године када стичу право на пензију, могу законски да се понуде уговори о раду на одређено време који се могу обновљати неограничени број пута“. То значи да је велики број радника, детерминисаних једино на бази година, током суштинског дела радног века у опасности да буде изузет од бенефиција стабилног запослења, каже ЕСП и додаје са стабилно запослење представља главни елемент у заштити радника (како је то јасно истакнуто у Оквирном уговору о ороченом времену запошљавања). Због тога, ЕСП закључује да изван „погодног и нужног“, ради постизања легитимних циљева, остаје ситуација када се године старости радника узимају као једини критеријум за закључивање уговора о раду на одређено време, и при том се не покаже да је утврђивање тог старосног прага, само по себи и невезано за било које друге околности у структури тржишта рада или у личном стању заинтересованог лица, било објективно нужно у циљу

¹⁰ Према члану 6.1.2. Директиве, ове разлике могу да укључе, између осталог, постављање специјалних услова за пријем на рад и професионалну обуку, запослење за младе људе, за старије раднике и лица са одговорностима за негу, да би се промовисала њихова професионална интеграција или да би се обезбедила заштита и да би се фиксирале године старости у неким специјалним условима.

¹¹ Case C-144/04, para. 56-61.

¹² *Ibidem*, para. 62-65.

постизања професионалне интеграције незапослених старијих радника. Уважавање принципа пропорционалности захтева да свака дерогација од индивидуалних права помири, што је више могуће, захтеве принципа једнаког третмана са циљевима којима се тежи.

5) С обзиром на транзициона период, ЕСП понавља ставове раније судске праксе да током периода прописаног за имплементацију директиве у национално право чланице морају да се уздрже од предузимања било које мере која може озбиљно да компромитује остварење резултата прописаног директивом. Затим, сама чињеница да правила домаћег закона истичу крајем децембра 2006, само неколико недеља након датума до кога Немачка треба да транспонује директиву у унутрашње норме, није сама по себи одлучујућа.¹³ Чланица која, изузетно, ужива продужени период имплементације, постепено мора да предузме конкретне мере у сврху прилагођавања прописаним циљевима директиве, што не би било потребно да је тој чланици дозвољено да, током периода имплементације, усваја мере несасгласне са циљевима тог акта. Са друге стране, значајан број радника међу којима и Манголд, већ су били напунити прописани број година старости и тиме су потпали под посебна правила Закона о раду (чл. 14.3), уз последицу да је та група лица постала дефинитивно изузета из гарантовања стабилног запослења путем употребе уговора на одређено време, без обзира на чињеницу да ће старосни услов фиксиран на 52 године престати да се примењује крајем 2006.¹⁴

6) У погледу принципа забране старосне дискриминације, он се мора сматрати општим принципом комунитарног права. Поред тога, Директива о једнаком третману сама по себи не поставља принцип једнаког третмана у области запошљавања и рада. Заправо, сама сврха директиве је да постави генерални оквир за сузбијање дискриминације на основу вероисповести или уверења, инвалидитета, старости и сексуалне оријентације, што је извор и актуелног принципа који подупире забрану оних форми дискриминације које се налазе у разним међународним уговорима и у уставним традицијама заједничким државама чланицама. Принцип забране старосне дискриминације мора се сматрати општим принципом комунитарног права, закључује ЕСП.¹⁵

¹³ *Ibidem*, para. 67-69.

¹⁴ *Ibidem*, para. 72-73.

¹⁵ *Ibidem*, para. 74-78.

7) Сходно томе, поштовање општег принципа једнаког третмана, посебно у погледу година, не може се, као такво, условљавати истеком времена који је државама дозвољен за имплементацију директиве која поставља генерални оквир за спречавање дискриминације на бази година, посебно ако се ради о организацији одговарајућих правних лекова, терету доказивања, заштити против виктимизације, социјалном дијалогу, афирмативној акцији и другим специфичним мерама имплементације директиве. У тим условима, национални судови имају одговорност да у спору који инволвира принцип забране старосне дискриминације обезбеде, за случајеве унутар своје јурисдикције, да се отклоне све мере које национално право супротстављају комунитарном. Комунитарно право се мора тумачити тако да забрањују да се одредбама унутрашњег права, као што је ова у поступку Манголд, дају овлашења без рестрикција за закључивање орочених уговора о раду када једном радник напуни 52 године живота.¹⁶

КОМЕНТАРИ И КРИТИКА ПРЕСУДЕ

За Манголд пресудом ЕСП уследила је снажна критика приказаног тумачења, пре свега у правној доктрини и јавности саме Немачке. Разлог је не само то што је ЕСП потврдио став комунитарно право поништава одредбе немачког Закона о раду, што спада у социјално-економску политику која је надлежност држава чланица. Одлука ЕСП у предмету Манголд посебно је контроверзна због тога што период имплементације Директиве о једнаком третману из 2000. још није био истекао у Немачкој (ни у време закључивања уговора о раду, ни у вредме изрицања пресуде), што доводи до тога да се, у крајњем, неимплементирана директива има директно примењивати у хоризонталном сценарију, тј. у односима између појединачних приватних лица. Затим, нову парадигму представља и признање директне хоризонталне примене општег принципа забране старосне дискриминације, изведеног из, како се наводи, заједничке опште праксе држава чланица и међународних уговора.

Због свега наведеног, пресуда ЕСП у предмету Манголд сматра се радикалном и веома спорном парадигматском променом. Она је изазвала жестике коментаре, до тога да изнете конструкције ЕСП представљају „чисте фабрикације“ и „авантуристичке конструкције“.¹⁷ Критичари кажу

¹⁶ *Ibidem*, para. 78.

¹⁷ Видети нпр.: 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

да ЕСП све више изненађује својим пресудама, да губи поверење које је уживао, и да доводи до великих проблема у судском одлучивању у ЕУ. Манголд пресуда је, дакле, спорна на више начина, а у крајњој линији најпроблематичније је то што није јасно да ли ЕСП, у овом случају, делује као судска власт или као законодавац који иновира право ЕУ упућивањем на међународне уговоре и заједничку уставну традицију. И само образложење за такав продор је ново: идеја да директива отелотворује претходно постојећи генерални принцип и да, стога, национални судови морају да ставе ван снаге национални закон чак и ако период имплементације директиве није истекао. То образложење, међутим, није убедљиво и сматра се да забрињавајуће утиче на и иначе доста запетљану област запошљавања. У даљем тексту се посебно размтрају наведене спорне тачке пресуде ЕСП.

Директна хоризонтална примена директиве током прелазног периода

Према Оснивачким уговорима, директиве ЕЗ не обавезују државе чланице директно, него преко националних закона о преносу који најпре стварају права и обавезе за грађане. Националним законодавством се одређују облик и методе спровођења директиве. У Немачкој је још увек трајао период транзиције када је донета Манголд пресуда, што значи да Немачка није била обавезана Директивом о једнаком третману. Поред тога, у Намачкој је био усвојен Закон о раду који смањује старосни лимит за орочење уговора о раду без образложења, и он би и онако истекло крајем 2006. године. ЕСП је ипак одлучио да не треба примењивати мере немачке реформе тржишта рада, односно прогласио их је ништавим и неважећим. Последица тога је да су пресудом ЕСП у случају Манголд, преко ноћи сви привремени/орочени уговори о раду закључени током немачке реформе тржишта рада постали редовни уговори о раду, што за последицу има и материјалну штету нанету односним предузећима која су запошљавала те раднике.

Манголд није први случај у којем се ЕСП бавио применом директиве пре истека периода имплементације, али он сада заузима став супротан ранијем. Директиве су иначе сматране комунитарним актима који уводе обавезе искључиво за државе чланице: обавезујућа природа директиве, која је

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).

основа за могућност ослањања на директиву пред националним судом, постоји само у односу на државу чланицу којој је упућена. Директива сама не уводи обавезе за појединце и на њу се не може позивати у споровима против појединаца. Од држава чланица се тражи, ипак, да се током периода имплементације уздрже од предузимања мера које могу озбиљно да угрозе остварење резултата прописаних директивом. Међутим, појединци не могу да се позову на ту директиву против државе чланице пред националним судовима да би тражили да се не примењује претходно усвојени национални закон који није у складу са директивом. Ако то појединци не могу да ураде против државе, још мање то могу да ураде против других приватних лица, као што је то сада случај у предмету Манголд. Сада Директива о једнаком третману *de facto* спречава појединце да се ослањају на права из националног закона и, чак, уводи обавезе за њих, што је веома несагласно са досадашњом судском праксом самог ЕСП о непостојању хоризонталне директне примене директива. Тако налази из Манголд пресуде ЕСП представљају, у крајњем, начин заобилажења доктрине хоризонталне директне примене. Али, најреволуционарнији аспект ове пресуде тек следи: основ забране старосне дискриминације није сама Директива о једнаком третману, него је извор те забране општи принцип комунитарног права.

Директна хоризонтална примена општег принципа

Пресудом Манголд, ЕСП је увео нови механизам заобилажења доктрине директне хоризонталне примене (тј. непримењивања исте у случају директива). То је једнак третман као опште правило комунитарног права, и око њега ЕСП развија другу линију резонавања у оправдању одступања од установљене судске праксе. ЕСП сада оправдава ослањање на директиву и пре истека периода имплементације и то важи и за активности између приватних лица. Дакле, директива сама можда и не уводи обавезу за појединце, како каже ЕСП, али она је резултат примене једног општег принципа, те због тога примена општег принципа не може бити условљена истеком периода имплементације. Ово образложење представља доктринарно и практично највећи помак у Манголд пресуди, јер се уводе обавезе за појединце у хоризонталном сценарију и то пре истека периода имплементације. ЕСП је, дакле, „открио” општи принцип забране дискриминације који спречава да се и постави питање директне примене директиве.

У образложењу пресуде, ЕСП наводи „уставну традицију заједничку државама чланицама” и „различите међународне уговоре” као основ забране старосне дискриминације. Међутим, како су одмах истакли критичари ове

пресуде, чињеница је да су само 2 од 25 држава чланица (Финска и Португал) тада имале законске референце о овој забрани у области запошљавања, и чак ниједан међународни уговор. Вероватно због тога и сам ЕСП није прецизније образложио овај део пресуде и навео неке доказе у прилог закључку. Поред свега, ЕСП идентификује генерални принцип у „трећој и четвртој изреци из преамбуле Директиве о једнаком третману” који, интересантно, не помињу посебно старосну дискриминацију, него наводе дискриминацију према религији, инвалидитету и сексуалној оријентацији.¹⁸ Коначно, поставља се и питање лимита принципа забране дискриминације у погледу наведених области: да ли се, дакле, принцип односи и на области дискриминације које јесу наведене у директиви о једнаком третману (у хоризонталним сценаријима)?

Генерална надлежност за социјалну и политику тржишта рада

Социјално-економска политика још увек је претежно у надлежности држава чланица ЕУ. У предмету Манголд видимо да се ради о пословима који се тичу приступа запошљавању и радним условима, једнаког третмана у запошљавању у обављању посла, и орочења уговора о раду. То су питања социјалне и политике тржишта рада. Тако се сада преко принципа забране дискриминације (области људских права) продире у надлежности које се, углавном, национално извршавају. Манголд пресуда показује до које мере се ЕУ регулативе и јурисдиксија мешају у кључне надлежности држава чланица. На ову критику указивао је посебно бивши председник Немачке и бивши судија немачког Савезног уставног суда Роман Херцог (*Roman Herzog*). Он поставља још и даље сумње у погледу овог случаја: „Чак иако Уговори дозвољавају да ЕУ регулише забрану дискриминације, питање је зашто ЕУ уопште регулише старосну дискриминацију на тржишту рада? Према принципу супсидијарности, ЕУ може да преузима неке активности само онда када има боља решења за проблеме од држава чланица. Према постојећем праву, основни критеријум за то је да ли се ради о проблему који има прекогранични утицај. Међутим, старосна дискриминација нема прекограничну релевантност, што суд игнорише.“¹⁹

¹⁸ Case C-144/04, para. 74.

¹⁹ Roman Herzog and Lüder Gerken, “Stop the European Court of Justice“, op. cit.

ЗАКЉУЧАК: ЗАОБИЛАЖЕЊЕ ДОКТРИНЕ ДИРЕКТНЕ ПРИМЕНЕ

Правило да нема директне примене директива на хоризонталне односе између појединаца сматрало се до сада веома ригорозним правилом права ЕУ. ЕСП је током времена развио довитљиве начине да директивама дозволи и нешто више примене у хоризонталном сценарију, од којих је најједноставнији начин проширење вертикалне директне примене у којој појединаци могу да се позивају на њих у односима према држави, при чему се усваја најшира могућа дефиниција „еманације државе” која укључује, на пример, и здравствену управу, затим децентрализоване административне власти, чак и национализоване индустрије. Затим, ЕСП је створио и ограничену судску праксу која „успут” дозвољава примену директиве и у хоризонталном сценарију – у случајевима којима се не уведе директно правне обавезе за појединце, него се обично уводи (не)примењивост неких техничких стандарда.

За предмет Манголд релевантнији је, међутим, један другачији начин заобилажења одсуства хоризонталне директне примене директива. То је концепт индиректне примене, који подразумева интерпретативну обавеза која захтева од националних судова да читају унутрашње право на начин који потврђује одредбе директива. То је посебно користан механизам у случајевима где постоје релевантни национални закони који могу бити подвргнути тумачењу, и кад се не може ослонити на саму директиву због тога што није довољно прецизна, период имплементације није истекао или се ради о процесу између приватних страна. Неки од правних заступника у предмету Манголд ослањали су се на те разлоге и у овом случају.

Све у свему, правило је било да се директиве које нису имплементирани не могу користити у процесима искључиво између приватних страна, мада је национални закон морао да се тумачи тако да што више допринесе резултату коме се тежи директивом. Са Манголд пресудом се чини да је уведено ново правило и да је она пример ширења обима права ЕУ. У овом случају, дакле, директива која даје облик општем принципу права ЕУ, забрани старосне дискриминације, примењује се на националне хоризонталне ситуације, обавезујући не само државе чланице него и појединце. Због важења доктрине првенства (примата, надређености) права ЕУ, национални судови морају да ставе ван снаге и да не примењују оне националне одредбе које су супротне општем принципу који је изражен директивом. Због тога, одредбе директиве које изражавају опште принципе права ЕУ имају пуну директну примену, чак и у хоризонталним ситуацијама.

Ово премошћавање непостојања хоризонталног директног дејства директива, путем признања директне примене одговарајућих општих принципа, нашироко је критикована пракса ЕСП које га прати још од предмета Манголд из 2005. године. Овај случај ставља се и у шири контекст „промишљеног и систематичног игнорисања фундаменталних принципа западног тумачења права, путем изјава базираних на немарној аргументацији, на игнорисању воље законодавца, или чак и њеном преокретању у сушту супротност и измишљању правних принципа који служе као основ за касније пресуде“.²⁰ Роман Херцог из такве праксе ЕСП изводи директан закључак: да ЕСП није погодан за улогу контролора супсидијарности у последњој инстанци, нити као заштитник интереса држава чланица. Друго, додаје бивши судија немачког Савезног уставног суда, таква јурисдикција ЕСП, која је наклоњена Унији, доводи до ситуације да се повећавају области где ЕСП може да пресуђује, да замењује националне судове, и да непрестано стиче све већи утицај. „Ту генералну тенденцију не мења ни повремена разумна обзирност у ЕСП пресудама које се усвајају да би служиле као седативи за растуће незадовољство држава“. Зато је Херцог тврдио да је од апсолутно виталне важности да се уведе један независан суд који би се бавио надлежностима. „ЕСП је створен да би био арбитар и медијатор у интересима ЕУ и интересима држава, претпоставка је била да ће он бити непристрасан, да неће злоупотребити то поверење.“²¹

Овакву савремену активност ЕСП, која се сматра све више политичком, будно је пратио и немачки Савезни уставни суд, један од најважнијих и најконзервативнијих националних уставних судова у Европи, тим пре што је Манголд предмет потекао из Немачке где је требало и да добије епилог пред националним радним судовима. У наставку се тај процес закомпликовао и доспео, коначно, и до самог Савезног уставног суда Немачке који је управо недавно коначно донео пресуду којом потврђује тумачење ЕСП у случају Манголд (јул/август 2010).²² Тиме је изазвана нова рунда преиспитивања парадигматских промена уведених предметом Манголд, али и нови круг критика на њен рачун.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Видети: 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.