

UDK:347.998.8"2010"
Bibliid 1451-3188, 9 (2010)
Год IX, бр. 33–34, стр. 246–274
Изворни научни рад

мр Жаклина НОВИЧИЋ¹

ПРЕИСПИТИВАЊЕ ULTRA VIRES АКТА ЕВРОПскоГ СУДА ПРАВДЕ – СЛУЧАЈ *Mangold/Honeywell* (2010) ПРЕД НЕМАЧКИМ САВЕЗНИМ УСТАВНИМ СУДОМ

ABSTRACT

German Federal Constitutional Court (FCC) published its long awaited decision in highly controversial *Honeywell* case (26.08.2010). The case concerned the question whether the European Court of Justice (ECJ) went beyond its competences in *Mangold* case (22.11.2005) and whether the FCC should, therefore, declares that the said decision of ECJ is an *ultra vires* act. The FCC confirmed a *Mangold* ruling by the ECJ, but also once again confirmed that it has the final say when it comes to ruling upon *ultra vires* acts of EU institutions.

Key words: *Ultra vires*, exceed one's competences, prohibition of discrimination based on age, direct horizontal effect of EU directives and of general principles.

ПРАВНИ КОНТЕКСТ И РАЗВОЈ ПРЕДМЕТА

У предмету Манголд против Хелма из 2005. године, Европски суд правде (ЕСП) је пресудио у корист подносиоца тужбе – да је, из перспективе европског права, незаконито орочен његов уговор о раду на основу његове старосне доби, што је било у складу са националним законом, али противно европској Директиви о једнаком третману (2000). Та директива још увек није била на снази у Немачкој, али ЕСП је засновао њено важење на општем принципу забране старосне дискриминације, који је део заједничке традиције држава чланица и међународних уговора, те се та директива има примењивати без обзира на то што још није прошао

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

период имплементације. То је, у најкраћем, резиме тумачења ЕСП у случају Манголд, које је оставило отвореним многа питања, што је био предмет и посебног текста.

По изрицању пресуде (прелиминарног мишљења) ЕСП у предмету Манголд, он је поново доспео пред националне судове ради окончања у складу са тумачењем ЕСП које је било у корист подносиоца иницијалне тужбе. Међутим, случај се даље закомпликовао када се тужилац, напре, обратио Радном суду у Либеку (*Arbeitsgericht Lübeck*) који је одбио његов захтев да прогласи неважећим орочење уговора о раду и да утврди да уговорни однос није престао са истеком назначеног временског рока (пресуда 11.3.2004). Образложење је било да тужилац не може да се позове на директну примену директиве на односе између појединаца. Тужилац се даље обратио следећој правној инстанци, радном суду у покрајини Шлезвиг-Холштајн (*Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein*) који је, такође, одбио његов захтев уз образложење да је односна директива недовољно поуздана и одређена у смислу садржаја (пресуда 22.6.2004).²

Коначно, тужилац се обратио Савезном радном суду (*Bundesarbeitsgericht*), где је на његов апел одговорено на бази пресуде Манголд ЕСП (пресуда Савезног радног суда – СРС, од 26.04.2006).³ У најкраћем, СРС је закључио да радни однос између странака није био окончан истеком уговореног времена; да национални закон не може да буде оправдање за орочење уговора радницима старијим од 52 године живота без одговарајућег образложења, и да он није у складу са комунитарним правом. Старосну дискриминацију у запошљавању забрањује комунитарни принцип једнаког третмана као део пштег принципа забране дискриминације, који је један од фундаменталних комунитарних правила, и на њега се могу позивати приватна лица пред националним судовима. СРС је, међутим, оставио отвореним питање да ли је забрана старосне дискриминације до сада била експлицитно наведена у обавезујућим важећим међународним уговорима и у већем броју устава држава чланица (то „може бити тачно“), али упркос томе, каже да није искључено извођење такве забране из отворено изречених елемената и путем парцијалног развоја права. У крајњем, као правни

² Видети више: Интернет: *Arbeitsrecht Online*, http://www.hensche.de/Rechtsanwalt_Arbeitsrecht_Urteile_Altersdiskriminierung_Befristung_BAG_7AZR500-04.html

³ Bundesarbeitsgericht, Urteil 7 AZR 500/04, 26.04.2006.

основ за примену директиве унапред СРС наводи принцип лојалности, тј. принцип лојалне сарадње држава чланица прописан Уговорима.⁴

Након пресуде Савезног радног суда уследила је контра-акција послодавца (предузеће *Honeywell*), који се сада обратио немачком Савезном уставном суду (СУС) подношењем уставне жалбе. Подносилац уставне жалбе оспорава пресуду Савезног радног суда по два основа; наиме, он тврди да је двоструко повређена његова уговорна слобода гарантована немачким уставом (тзв. Основним законом):⁵ 1) недозвољеним даљим развојем права од стране ЕСП, тј. заснивањем пресуде СРС на пресуди ЕСП који је притом прекорачио границе својих надлежности, тј. преузео је надлежности у погледу радних односа између приватних лица у Немачкој; 2) тиме што му није дата довољна уставном гарантована заштита легитимних очекивања („правна сигурност“). На крају, СУС је сада одбацио уставну жалбу као неосновану и неприхватљиву (јул/августу 2010), и тиме потврдио пресуду Савезног радног суда и, са њом, пресуду ЕСП у предмету Манголд.⁶

Пресудом у случају *Mangold/Honeywell* уводи се преседан у виду директне хоризонталне примене директиве и општег принципа забране старосне дискриминације. Директна примена овог принципа потврђена је, у току развоја овог процеса усвојеном Повешом о основним правима ЕУ (2007), али је споран период пре тога током имплементације директива против дискриминације у Немачкој (2003–2006).

Углавном, спор *Mangold/Honeywell* прошао је низ судова: иницијални је произашао из приватне тужбе пред основним радним судом (Минхен), доспео до ЕСП, вратио се националним радним судовима (Либек и Шлезвиг-Холштајн, и СРС), и доспео до немачког савезног уставног суда

⁴ Члан 4.3 (3) Уговора о ЕУ (УЕУ). Када се говори о Уговорима у овом тексту, мисли се на Оснивачке уговоре ЕУ, где поред УЕУ спада и Уговор о функционисању ЕУ (УФЕУ). У тексту се користи консолидована нумерација одредаба, према: “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. <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1296&lang=en>

⁵ *Grundgesetz*, Art. 2.1, 12.1, 20.3; *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Verfassungsrecht, FNA Nr. 100-1; Internet: http://www.rechtliches.de/info_GG.html.

⁶ *Bundesverfassungsgericht*, BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1–116), Internet: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html.

За кратки опис пресуде Савезног радног суда видети пара. 33-38. За жалбене наводе видети пара. 39-42.

(СУС). Дакле, укупно шест судских инстанци. Правни контекст развоја овог спора се, такође, развијао динамично, а на њега су – од иницирања поступка 2003. године до епилога 2010. године – утицале две европске директиве и један национални закон, поред једне опште уговорне одредбе, као и Повеље о основним правима која је у међувремену ступила на снагу. Правни оквир овог предмета, чине дакле:

1) Директива Савета из 1999. и Директива Савета из 2000 које уводе општи оквир за једнак третман и забрану старосне дискриминације у запошљавању.⁷

2) Немачки Закон о раду из 2000. који омогућава скраћење и ограничење радног уговора и одступање од принципа да је за заснивање ороченог радног односа потребан објективни разлог у случају запослених радника са преко 52 године старости (ревидизом 2002. смањење праг са 58 година).⁸ Ово је било предвиђено као ванредни аранжман у оквиру шире реформе и либерализације тржишта рада у Немачкој.

3) Сам Уговор о функционисању ЕУ садржи одредбу којом овлашћује Савет министара ЕУ да усваја одредбе у области *inter alia* забране старосне дискриминације, али оне не садрже директно примењиву забрану.⁹

4) Насупрот томе, Повеља о основним правима садржи забрану старосне дискриминације која има директну примену.¹⁰ Повеља о основним правима још увек није била правно обавезујућа у периоду на

⁷ 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; Council Directive 2000/78, “Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation”, 2000, OJ L 303, p. 16.

⁸ Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen, 21. 12. 2000.

⁹ Члан 19.1 УФЕУ (ex-13 Уговора о оснивању ЕЗ, УЕЗ) гласи: Без повреде других одредаба Уговора и у границама надлежности које су Уговорима поверене Унији, Савет, делујући једногласно у складу са посебном законодавном процедуром и након добијања сагласности Европског парламента, може да предузме одговарајућу активност за спречавање дискриминације засноване на полу, раси или етничком пореклу, религији или веровању, ивалидитету, старости или сексуалној оријентацији.

¹⁰ Ревидирана верзија члана 21.1 Повеље о основним правима од 12. децембра 2007 гласи: (1) Забрањује се свака дискриминација заснована на било ком основу као што су пол, раса, боја, етничко и социјално порекло, генетске особине, језик, религија или веровање, политичко или друго мишљење, припадност националној мањини, својини, рођењу, инавалитету, старости и сексуалној оријентацији; (2) У области примене уговора и без повреде било које његове посебне одредбе, свака дискриминација на бази

који се односи предмет *Mangold/Honeywell*, тј. није била стављена на једнак правни ниво са Уговорима све до ступања на снагу Лисабонског уговора (1.12.2009).

РЕЗИМЕ И ОСНОВНИ СТАВОВИ ПРЕСУДЕ СУС

Пресуда немачког СУС могла би, условно, да се сведе на следеће две групе аргументације. Осим што је потврдио пресуду СРС, а тиме и ЕСП, СУС је даље дефинисао услове под којима се врши *ultra vires* контрола. Конкретније, СУС је одлучио да:

1) Уговорна слобода подносиоца жалбе није повређена. Пресуда СРС није заснована на прекорачењу надлежности и даљем недозвољеном развоју права од стране ЕСП. Манголд-пресуда није *ultra vires* акт. Контролу *ultra vires* поступака европских органа и институција, СУС може да врши само на начин који је отворен према праву ЕУ. То значи да прекорачење надлежности од стране европских органа СУС може да разматра само ако је то прекорачење „довољно квалификовано”, што значи да је „очигледно” и да „доводи до структурално значајне промене на штету држава чланица у структури надлежности између њих и ЕУ“, што у Манголд-пресуди није случај. СУС мора да се, у принципу, приклони одлукама ЕСП као обевезујућим тумачењима права Уније када контролише поступке органа и институција ЕУ. Пре спровођења *ultra vires* контроле, треба дати прилику да ЕСП, уколико то већ није урадио у процедури прелиминарног давања мишљења, протумачи Уговоре и односни поступак.

У конкретном спору, извођење општег принципа забране старосне дискриминације не представља *ultra vires* акт, према мишљењу СУС. При томе, и он оставља отвореним питање да ли се један такав принцип може извести из опште уставне традиције и међународно-правних уговора држава чланица. Ипак, чак и под претпоставком да је дошло до даљег развоја права који више не може да се оправда правном методом, то представља довољно квалификовану повреду надлежности од стране ЕСП тек када се њом и практично уведе нове надлежности или проширују постојеће, што овде, такође, није случај.

националности се забрањује. “Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Official Journal of the European Union* C 303/1; 14.12.2007, PP 1-15.

Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:EN:PDF>

2) Правна сигурност подносица жалбе није повређена. Уверење да неки закон и даље важи може да потпадне под утицај не само ретроактивног налаза СУС, него и ретроактивног налаза ЕСП о неважењу тог закона. У вези са ретроактивним непримењивањем националног закона (као последице одлуке ЕСП), треба размотрити да се на унутрашњем нивоу компензује штета заинтересоване стране која је имала поверење у национални закон и правила планове засноване на том поверењу.

СТАНДАРДИ ПРОЦЕНЕ УСТАВНОСТИ И СУПСУМЦИЈА

СУС полази од доктринарног образложења ставова, а затим конкретан случај подводи под опште стандарде. У доктринарном делу налази се његово објашњење *ultra vires* контроле, и тај део пресуде је најзначајнији пошто ту СУС уноси новине, док у делу коју се тиче саме забране старосне дискриминације углавном преузима налазе ЕСП. СУС најпре објашњава уставну заснованост принципа уговорне слободe, питања примата права ЕУ, даљег развоја права ЕУ, прекорачења надлежности и националне *ultra vires* контроле надлежности ЕУ.

Уговорна слобода

СУС објашњава уставни принцип слободe акције, односно право на слободно обављање посла, као право да се установи, структурира и временски ограничи радни однос подношењем изјава о намерама.¹¹ Главни израз слободe акције јесте уговорна слобода, генерално заштићена правом на слободно развијање личности. У области професионалне активности, општа слобода акције – као помоћна (супсидијарна) у односу на друга права на основу принципа слободe, ипак не може да се користи као стандард контроле.¹² То посебно важи у области закона који се тиче појединачних уговора о раду. „Систем приватног права који се обезбеђује структуром закона, регулише право уговорне слободe, не само ради институционалне заштите тог права, него и у циљу заштите социјалних интереса структурално слабијих тржишних учесника, због чега закључење орочених уговора о раду не може бити у потпуности препуштено ни располагање самим уговорним странама, и због чега се оно традиционално повезује са предусловима који треба да заштите раднике. Орочени уговори о раду, наиме, воде рачуна о

¹¹ BVerfG, 2 BvR 2661/06, пара 49-52.

¹² Члан 12.1 немачког Основног закона гарантује ту слободу.

потреби профитабилног деловања компаније – у смислу флексибилности, али за запослене на које се ти уговори односе, радни односи путем орочених уговора не дају само могућност запослења, него доносе и несигурност у погледу одржања извора прихода. Зато држава, која прекорачује принцип слободе акције, обезбеђује заштиту у овом погледу (...).¹³ У конкретном случају, слобода уговарања подносиоца уставне жалбе није повређена, јер је национални закон на који се поднисалц уставне жалбе позива јесте био дискриминативан и противан европском праву. Доказујући наведено, СУС се бави питањима примата права ЕУ, принципа разграничења и преноса надлежности на ЕУ, и *ultra vires* контроле вршења надлежности, итд.

Примат примене, принцип преноса и *ultra vires* контрола

Закон ЕУ може успешно да се развија само ако истисне закон државе чланице који му противречи, потврђује СУС.¹⁴ Примат примене следи из права ЕУ, пошто ЕУ не би могла да постоји као правна заједница ако се не би заштитила униформну делотворност у државама чланицама. Закон државе чланице може да настави да се примењује на области које остају изван примене права ЕУ. Супротно томе, закон државе чланице који противречи праву ЕУ, у принципу, не примењује се у областима у којима се примењује одговарајући закон ЕУ. Поред тога, наставља СУС, надређеност права ЕУ је у складу и са Основним законом, према коме суверена права могу да се пренесу на ЕУ. Пренос суверених права је дозвољен – ако то предвиђају и траже Уговори – уз директну примену унутар правних система држава чланица.¹⁵ Због тога, примат примене садржи обећање ефективности и имплементације.

Међутим, иако СУС признаје примат примене права ЕУ, он ће даље објаснити да постоји разлика између примата примене савезног права у немачком правном систему, и примата примене права ЕУ. Овај други, наиме, не може бити свеобухватан, и ту СУС подсећа на изведени карактер европског права и уопште ЕУ: „Као аутономно право, право ЕУ остаје зависно од задатака и овлашћења из Уговора. У ширењу надлежности, органи ЕУ остају зависни од ревизија уговора које спроводе државе чланице у оквиру релевантних уговорних одредаба које се на њих примењују и за које оне преузимају одговорност. Важећи принцип је принцип преноса. Због

¹³ BVerfG, 2 BvR 2661/06, para. 51.

¹⁴ *Ibidem*, para. 53-58.

¹⁵ Члан 23.1 Основног закона.

тога је СУС овлашћен и обавезан да контролише да ли се акти европских органа и институција заснивају на очигледном прекорачењу надлежности, или на извршењу надлежности у области уставног идентитета који није преносив, и где је на други начин погодно прогласити непримењивост у немачком правном систему таквих аката који прекорачују надлежности. Обавезу СУС да тежи томе да поткрепи доказима жалбе о *ultra vires* акту органа или институција ЕУ, траба координирати са задатком који Уговори преносе на ЕСП да тумачи и примењује Уговоре, и да тиме штити јединство и кохерентност права ЕУ.¹⁶

СУС је, дакле, свестан да, ако би свака држава чланица полагала право на то да преко својих судова одлучује о примени правних аката ЕУ, надређеност права ЕУ практично би се заобилазила, и била би угрожена униформност његове примене. Са друге стране, СУС каже да, ако би се државе чланице сасвим одрекле *ultra vires* контроле, то би значило да уговорном основом располажу само органи ЕУ; који чак могу да протумаче закон на тај начин да практични резултат буде ревизија уговора или проширење надлежности. „То што у граничним случајевима могућег прекорачења надлежности од стране органа ЕУ – који нису чести, што би се очекивало на основу институционалне и процедуралне опрезности права ЕУ, перспектива уставног права и перспектива права ЕУ нису потпуно хармонизоване, заслуга је чињенице да су државе чланице и даље господари уговора и по ступању на снагу Лисабонског уговора, и тога што праг за стварање федерације још увек није пређен“, објашњава СУС. Тензије које се, у основи, могу избећи према овој овој конструкцији, закључује СУС, треба да се хармонизују кооперативно у складу са идејом европске интеграције, или их треба умањити кроз узајамно уважавање. *Ultra vires* контрола може да се спроводи само на начин који је отворен према европском праву. ЕУ се, дакле, схвата као правна заједница посебно ограничена принципом преноса и фундаменталним правима, и која поштује уставни идентитет држава чланица. Према правном систему СР Немачке, признаје се примат примене права ЕУ и мора се обезбедити да се контролна надлежност, која је уставом резервисана за СУС, врши само на уздржан начин који је отворен према праву ЕУ.¹⁷

¹⁶ BVerfG, 2 BvR 2661/06, para. 53-55. За принцип преноса, први пут уведен експлицитно у Уговоре лисабонском ревизијом, видети члан 5.1(1) и 5.1(2) УЕУ. За расправу о уставном идентитету Немачке видети пресуду СУС о уставности Лисабонског уговора: BVerfGE 123, 267, para. 353-354.

¹⁷ *Ibidem*, para. 57.

За конкретну *ultra vires* контролу, СУС потврђује да она мора да се повинује пресуди ЕСП као, у принципу, обавезујућем тумачењу права ЕУ. Он још додаје да пре прихватања преиспитивања *ultra vires* акта органа или институције ЕУ треба дати прилику ЕСП да протумачи Уговоре, као и да изнесе мишљење о важењу и тумачењу односних правних аката, у контексту процедуре прелиминарног мишљења. Све док ЕСП не добије прилику да то уради, СУС не може да прогласи закон ЕУ непримењивим у Немачкој. Због тога *ultra vires* контрола може да се разматра само ако је очигледно да акти органа ЕУ остају изван пренетих надлежности. Повреда принципа преноса очигледна је само ако су европски органи прекорачили границе надлежности на начин који посебно крши принцип преноса, другим речима ако је повреда надлежности довољно квалификована. То значи да поступак власти ЕУ мора очигледно да прекорачује надлежности и да је спорни акт веома значајан у структури надлежности између држава чланица и ЕУ с обзиром на принцип преноса и обавезујућу природу закона у владавини права.¹⁸

СУС даље објашњава услове даљег развоја, конструкције права ЕУ од стране ЕСП. Наиме, мандат да се придржава права у тумачењу и примени Уговора не ограничава ЕСП на то да мора да делује само као чувар поштовања одредаба Уговора. ЕСП се не спречава у томе да побољшава законе средствима методолошки засноване судске праксе.¹⁹ Посебно га у томе не спречава принцип преноса и структура „асоцијације суверених држава” (*Staatenverbund*) каква је ЕУ. Напротив, СУС истиче да даљи развој права – спроведен унутар постављених граница, може у супранационалној асоцијацији посебно да допринесе разграничењу надлежности уз поштовање фундаменталних одговорности држава чланица према Уговорима као и регулативних надлежности законодавства ЕУ. Он подсећа да и примарно право експлицитно предвиђа да у појединим приликама органи ЕУ морају да делују на бази општих принципа заједничких законима држава чланица.²⁰ У том смислу, додаје СУС, „задачи ЕСП подразумевају обезбеђење законитости Уније унутар

¹⁸ *Ibidem*, para. 58-61. Критеријум „очигледности“ СУС је увео у пресуди за Лисабонски споразум: BVerfGE 123, 267 para. 353-400. За формулацију „довољно квалификован“, СУС упућује на: Case C-472/00 P, *Fresh Marine*, Judgment of 10 July 2003, [2003] ECR I-7541, para. 26-27.

¹⁹ Ову надлежност је СУС увек експлицитно признавао, што је потврдио и пресудом о Лисабонском уговору: BVerfGE 123, 267, para. 351-352.

²⁰ Видети члан 6.3 УЕУ; члан 340.2 и члан 340.3 УФЕУ.

значења уставне традиције заједничке државама чланицама. Стандар су и писано примарно и секундарно право, и неписани општи принципи који су изведени из уставне традиције држава чланица уз, додатно, консултовање међународних уговора држава чланица. Потреба да се створи заштита фундаменталних права упоредива са оном из Основног закона СР Немачке, од 70-их година је могућа само преко даљег развоја права методом евалуативног компаративног права.²¹ СУС потврђује да даљи развој права не представља, ипак, законодавство које има политичку слободу, него оно следи инструкције постављене у законима или међународном праву, који садрже и његов основ и његова ограничења. „Посебан разлог да судије даље развијају право постоји када има много програма, када су рупе затворене, контрадикције у процени решене, или су узети у обзир специјални услови појединих случајева. Даљи развој права прекорачује границе ако мења јасно признате законске одлуке, које чак могу бити и експлицитно документоване у слову уговора, или ако ствара нове одредбе без довољно повезаности са правним изрекама. Поврх свега, није дозвољено судском праксом фундаментално мењати политичке одлуке које су изнад индивидуалних случајева, или проузроковати структуралне промене у систему поделе уставне власти и утицаја.”²²

Главно ограничење за даљи развој права од стране судија на нивоу ЕУ јесте принцип преноса, којим се СУС даље бави. Принцип преноса је веома важан за врло федерализовану, кооперативну структуру ЕУ, сличну држави у многим областима и по обиму надлежности и по организационој структури и процедурама, али која нема карактеристике федерације. Државе чланице имају само ограничена индивидуална суверена права. Општа овлашћења и надлежност да сами себи приписују даље надлежности, супротне су овом принципу и подривају уставно право држава чланица на оговорност за интеграцију. Ово важи не само ако се надлежности аутономно шире на области које се убрајају у уставни идентитет држава чланица или које посебно зависе од демократског дискурзивног процеса у државама чланицама, иако тада свако прекорачење надлежности има посебну тежину.²³

²¹ BVerfG, 2 BvR 2661/06, para. 63.

²² *Ibidem*, para. 62-64.

²³ *Ibidem*, para. 65. О оговорност за интеграцију више у пресуди о Лисабонском уговору: BVerfGE 123, 267, para. 352-353.

СУС дакле сам признаје да он *ultra vires* контролу мора да спороводити *резервисано* како не би угрозио принцип наднационалне интеграције, и да у сваком посебном случају *ultra vires* жалбе мора да постоји и правно становиште ЕСП, јер се морају „очувати задатак и статус независне наддржавне судске праксе“. Са једне стране, то значи да ЕУ и сама поштује правни метод и „јединственост“ Уговора и циљева у њему. Поред свега, СУС додаје да ЕСП има чак и „право на толерисање грешке“, због чега СУС не треба да тежи томе да потисне тумачење права Уговора од стране ЕСП, ако то „може да доведе до различитих исхода у уобичајеном дискусионом оквиру правне науке“. СУС додаје да треба толерисати и она тумачења основа Уговора која, без значајне промене у структури надлежности, уведе рестрикције за појединачне случајеве и која – или не дозвољавају утицаје на фундаментална права који представљају трошкове или се не супротстављају унутрашњим компензацијама за те трошкове.²⁴

Према наведним стандардима, СУС, коначно, закључује да није игнорисан обим уговорне слободе подносиоца уставне жалбе. Спорна пресуда СРС (и ЕСП) очигледно је у складу са уставом, пошто дозвољава не примењивање Закона о раду. Имајући у виду пратећу судску праксу ЕСП, није очигледан даљи *ultra vires* развој права који може да доведе до непримењивања односних правних принципа у СР Немачкој – што ипак може да утврди једино СУС. Није релевантно то да ли се до исхода Манголд-пресуде могло, ипак, доћи и помоћу признатих метода правног тумачења, и да ли је сваки постојећи недостатак евидентан. У сваком случају, према СУС, спорном пресудом нису прекорачена суверена права додељена ЕУ путем ратификације, те стога није дошло до кршења принципа преноса на очигледан и структурално ефикасан начин.²⁵

ПРИНЦИП ЗАБРАНЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ И ДИРЕКТНА ХОРИЗОНТАЛНА ПРИМЕНА ДИРЕКТИВЕ

СУС даље подводи под описане стандарде конкретан предмет *Mangold/Honeywell* – спор у вези са старосном дискриминацијом у запошљавању.²⁶ У овом делу, за разлику од претходног, СУС углавном преузима закључке ЕСП, али их поново претреса и, ипак, оставља отвореним нека пресудна питања овог предмета.

²⁴ *Ibidem*, para. 66-67.

²⁵ *Ibidem*, para. 68.

²⁶ *Ibidem*, para. 69-79.

У Манголд-предмету ЕСП је закључио да спорне одредбе националног закона које су у супротности са комунитарним правом треба ставити ван снаге, што је образложено са два аргумента чији међусобни однос остаје нејасан чак и према СУС. Да подсетимо, ЕСП сматра да је национална одредба Закона о раду у супротности и са Директивом о једнаком третману и са општим принципом забране дискриминације у комунитарном праву. СУС сада сматра да ту не може да потврди „довољно квалификовану“ повреду принципа преноса од стране ЕСП. До структурално значајне промене на штету надлежности држава чланица не доводи ни ширење области примене директиве ради обухватања случајева који су усмерени посебно ка „професионалној интеграцији“ дугорочно незапослених старијих радника, ни примена директиве унапред – када она још увек није имплементирана, као ни извођење општег принципа забране старосне дискриминације.²⁷

Подсетимо се да је ЕСП потврди да се општи принцип старосне дискриминације примењује у случају Манголд зато што чињенице тог предмета фундаментално спадају у оквир примене Директиве о једнаком третману из 2000. године. СУС потврђује то првенство европског права, јер оно представља предуслов за преиспитивање националног закона на основу комунитарног права: “Да ли нека посебна мера државе чланице потпада под област примене права ЕУ одређује у сваком случају ЕСП према обиму садржаја те мере, и у погледу материје и у погледу инволвираних лица. Директива може, такође, да прошири област примене Уговора и да доведе до тога да општи принцип права ЕУ утиче на право држава чланица. Да ли директива проширује (отвара) ту област примене уговора, одређује се према њеним циљевима. Насупрот томе, национално законодавство не може да изузме објективну област примене права ЕУ тиме што тежи и другим циљевима неке мере (нпр. у запошљавању) за које ЕУ није надлежна.”²⁸ Да је другачије, а како је истакао и ЕСП, државе чланице би наносиле штету униформној примени права ЕУ због различитих циљева.

У предмету Манголд, ЕСП је утврдио да важи комунитарно право и општи принцип забране старосне дискриминације. СУС сада потврђује да, притом, ЕСП није ушао у даљи развој права (који би био очигледан, квалификован и који би прекршио принцип преноса) путем примене

²⁷ *Ibidem*, para. 69-71.

²⁸ *Ibidem*, para. 72-73.

унапред директиве која још увек није била имплементирана. Наиме, ЕСП је био потврдио да је у периоду који покрива предмет Манголд још увек трајао период транзиције, али закључио да то не мења чињеницу да је дошло до повреде Директиве о једнаком третману одредбама Закона о раду. СУС сада потврђује да обим слободе акције СР Немачке и давање форме директиви током периода транзиције, нису били, ипак, на нивоу на коме долази до структуралне промене надлежности, пошто према судској пракси ЕСП државе имају обавезу да се током те транспозиције уздрже од мера које би компромитовале циљ директиве.²⁹

СУС каже да предмет Манголд може да се категоризује према претходној судској пракси ЕСП о унутрашњој примени директива, односно да је ЕСП више пута тврдио да директиве саме не уводе обавезе за појединце и да они не могу да се позивају на њих у међусобним споровима.³⁰ Ипак, ЕСП тврди да националне одредбе усвојене повредом директиве не треба примењивати у правним споровима између појединаца.³¹ СУС закључује да је са применом директива унапред у Манголд пресуди ЕСП створио даљу групу предмета за тзв. негативну примену директива. Као и судска пракса о „негативној” примени директиве, и овај поступак у пресуди за Манголд служи, све у свему, спровођењу постојећих обавеза држава чланица, али не ствара никакве нове обавезе за њих кршећи принцип преноса, закључује СУС.³²

СУС потврђује да није битно ни то да ли општи принцип забране дискриминације може да се изведе из заједничке уставне традиције и међународних уговора, иако су у време покретања спора Манголд само 2 од 15 држава чланица ЕУ имале посебне одредбе о забрани старосне дискриминације, док међународни уговори и немају специјалну забрану. Он понавља да претпостављени даљи развој права од стране ЕСП који више није оправдан правном методом, представља евидентни прекршај принципа преноса само ако он утиче на стварање надлежности у пракси. Општим принципом забране старосне дискриминације изведеним из

²⁹ *Ibidem*, para. 74-76.

³⁰ Нпр.: ECJ Case C-91/92 *Faccini Dori*, judgment of 14 July 1994, [1994] ECR I-3325 para. 19 et seq.; ECJ Joined Cases C-397-403/01 *Pfeiffer*, judgment of 5 October 2004, [2004] ECR I-8835 para. 108.

³¹ Нпр.: ECJ Case C-194/94 *CIA Security*, judgment of 30 April 1996, [1996] ECR I-2201; ECJ Case C-443/98 *Unilever*, judgment of 26 September 2000, [2000] ECR I-7535, para. 49 et seq.

³² BVerfG, 2 BvR 2661/06, para. 77.

уставне традиције заједничке државама чланицама нити се ствара нова област надлежности за ЕУ на штету држава чланица, нити се постојеће надлежности шире, твди СУС и даље објашњава да би то био случај ако би се без усвајања секундарног правног акта – за који се овде сматра да се примењује унапред – увела не само права, него и обавезе за грађане, путем даљег развоја права за који би се доказало да представља и прекорачење основних права и промену у надлежностима на штету држава чланица. Чак и ако се њима гарантује заштита људских права на нивоу ЕУ, општи принципи не могу да прошире област утицаја права ЕУ ван постојећих надлежности ЕУ, нити да уведу нове задатке и надлежности. Као аргумент да то није случај у пресуди Манголд, СУС наводи да су законодавни органи (засновани за Уговорима) – Савет министара и немачки представник у њему, а не судије које даље развијају право – увели обавезујући принцип забране старосне дискриминације за правне односе засноване на уговорима о раду, и да су они тиме постали подложни тумачењу ЕСП.³³

Даље се СУС бави аргументима о правној сигурности, ретроактивности и *ex tunc* примени Директиве о једнаком третману. Он најпре одбацује тврдњу да је уговорна слобода прекршена спорном пресудом зато што подносиоцу уставне жалбе нису била заштићена легитимна очекивања – тј. правна сигурност, која је главни елемент владавине права. Поред тога, правну сигурност не угрожава ни елиминисање стечених права у овом случају. На уверење да неки закон и даље важи може да утиче ретроактивни налаз о његовој ништавости не само СУС, него и ЕСП. Могућност националних судова да обезбеде правну сигурност предодређена је и лимитирана правом ЕУ. Зато прелиминарно мишљења има *ex tunc* дејство. Тумачење права ЕУ од стране ЕСП, примењују судови држава чланица у правним односима насталим и пре Манголд-пресуде. СУС подсећа да ЕСП само изузетно ограничава ретроактивну природу пресуда, с обзиром на значајне тешкоће које његове пресуде могу да изазову у правним односима насталим у доброј вери у прошлости.³⁴

СУС објашњава да правну сигурност не могу да обезбеде национални судови тиме што би увели временско ограничење за важење прелиминарног мишљења ЕСП примењујући националне одредбе чија је

³³ *Ibidem*, para. 78-79.

³⁴ *Ibidem*, para. 80-83.

неспојивост са правом ЕУ утврђена за период пре тог мишљења. ЕСП не искључује такво дејство заштите правне сигурности са примарним ефектом, пошто се, с обзиром на униформну примену права ЕУ, предпоставља да само он сам може да постави временско ограничење тумачења ове пресуде. Насупрт томе, судска пракса ЕСП не садржи никакву индикацију која спречава националне судове да обезбеде секундарну заштиту легитимних очекивања путем компензације за штету узроковану прекршајем поверења. Да би се обезбедила уставна заштита правне сигурности могуће је, закључује СУС, у контексту ретроактивног непримењивања закона као последици пресуде ЕСП, дати унутрашњу компензацију инволвираној страни која је имала поверење у важење законских одредаба и на томе занивала планове. Одговорност држава за закон који крши право Уније, смањује одговорност грађана, истиче СУС. (Међутим, СУС оставља отвореним питање да ли је такав захтев већ уведен у систем државне одговорности.) Он каже да се законска одговорност ЕУ такође приписује одговорности држава чланица за законе који крше право ЕУ и тиме се смањује штета за грађанина. Али СУС оставља отвореним питање да ли је такво право већ установљено у постојећем систему одговорности држава. После свега, СУС закључује да СРС не игнорише уставну заштиту правне сигурности и да примат примене комунитарног права дозвољава да СРС не сматра себе овлашћеним да пружи заштиту легитимних интереса тиме што би потврдио пресуду претходне инстанце која је била у корист подносиоца тужбе. СУС закључује да „сваки захтев за компензацију против СР Немачке без кршења примата примене Уније за материјални губитак тужиоца који је претрпео непримењивањем орочених радних уговора, није било предмет процедуре пред Савезним радним судом“.³⁵

Коначно, СУС закључује да није повређено ни право подносиоца уставне жалбе на законитог судију, јер то је ЕСП и према Основном закону. Повреда би постојала у случају да се немачки судови нису повиновали обавези да траже прелиминарно мишљење ЕСП. Али, према постојећој судској пракси СУС, нису сва кршења обавеза комунитарног права разлог за тражење мишљења ЕСП, него само ако осетљиво тумачење концепата који зависе од Основног закона више није свеобухватно и ако је очигледно неодрживо.³⁶

³⁵ *Ibidem*, para. 84-86.

³⁶ *Ibidem*, para. 87-92.

ИЗДВОЈЕНО МИШЉЕЊЕ И КРИТИКА ПРЕСУДЕ СУС

Напред изложена пресуда СУС усвојена је гласањем 7 (од 8) судија, док је један члан судског већа, судија Ландау (*Landau*) изнео издвојено мишљење са снажном критиком пресуде већине, које и по обиму представља добар део у образложењу пресуде у предмету *Mangold/Honeywell*, и ефектно резимира критике на рачун овог процеса, па ће у овом тексту и то образложење бити детаљно пренето.³⁷ Судија Ландау сматра, наиме, да је уставна жалба била оправдана, те да спорна пресуда СРС/ЕСП крши основна уставна права подносиоца жалбе. Ландау сматра да је СРС ставио ван снаге спорне одредбе Закона о раду без уставно одрживог разлога, чиме је заобишао обавезу да поштујена закон и поредак. Поред тога, СРС није био уставно надлежан да се позове на право Уније у тумачењу ЕСП у предмету Манголд. Коначно, судска већина сада је проширила услове за преиспитивање *ultra vires* аката органа ЕУ и, у том смислу, она одступа од сопствене пресуде о Лисабонском уговору без и једног убедљивог разлога. Порицање да постоји прекорачење надлежности од стране ЕСП у предмету Манголд је погрешно, а тиме се оспоравају и консеквентне могућности за правну акцију, тврди судија Ландау у издвојеном мишљењу.

СУС напушта „лисабонски консензус“ без убедљивих разлога

Судија Ландау подсећа детаљно на „лисабонски консензус“ да би показао да је судска већина одступила од њега. Он се најпре осврће на ставове из Лисабонске пресуде СУС о демократској легитимацији (тј. недостатку легитимације, демократском дефициту), према којима акти органа ЕУ јесу демократски легитимисани само уколико остају у оквиру надлежности које су државе чланице пренеле на ЕУ. „Повиновање границама надлежности није ствар само балансирања надлежности уставних и комунитарних органа. У систему демократске управе, захтев за примењивање норме не произлази из једностране подређености грађана властима, него из повезаности са самим грађанима. Демократска легитимација захтева стварну непрекидну везу са грађанима државе чланице“, подсећа судија Ландау, и додаје да деловање које није покривено повереним задацима није ко-легитимисано, те у том смислу надлежности које су државе чланице дале Унији саопштавају и ограничавају (објективни) контекст легитимације у који сваки орган који врши суверене

³⁷ *Ibidem*, пара. 94-116.

надлежности мора бити постављен, ка чијем поштовању је усмерен и принцип преноса као израз државне уставне базе свих власти ЕУ.³⁸

Ландау подсећа и на то да су државе господари уговора и извор овлашћења за вршење суверених надлежности на наднационалном нивоу, и да не постоји легитимни субјект владавине ЕУ који се конституише без извођења из суверених надлежности држава на вишем нивоу. Лисабонски уговор – са уставним тумачењем, потврђује принцип преноса који се врши на ограничен и контролисан начин. Уговор не садржи одредбе о надлежностима за стварање сопствених надлежности (тзв. *Kompetenz-Kompetenz*). Због тога и принцип надређености права ЕУ, који је развила судска пракса ЕСП, остаје институт који је пренет под условима међународног права – тј. изведени институт. Примат примене права ЕУ не мења ништа у погледу обавезе повиновања систему надлежности. Он се шири само уколико СР Немачка пристане на то или га дозволи. Судија Ландау истиче да посебно надлежности тумачења и примењивања права ЕУ које су пренете на ЕСП нису без ограничења, и да су та ограничења утврђена Основним законом и у крајњем су подвргнута јурисдикцији СУС.³⁹

Судија Ландау даље објашњава и потврђује „одлучујућу линију“ из пресуде СУС о уставности Лисабонског уговора. Он подсећа да надлежности произлазе из Устава и међународних уговора, и да оне уводе, у мери односних функција, суверену моћ која је законита, тј. легитимисана владавином права и принципима демократије. Приписане надлежности одређују однос различитих наднационалних и националних функција, чију сарадњу су судије претходном пресудом хтеле да обезбеде и да, у крајњем, спрече злоупотребу власти. Сувише преклапања и мешања функција подрива суштину демократске одговорности и крши принцип демократске владавине права према којем органи – национални или наднационални – носе одговорност за своје одлуке, истиче Ландау.⁴⁰ У случају прекорачења граница надлежности које чини нејасним ове одговорности, СУС има обавезу да спроведе *ultra vires* контролу. „На данашњем степену развоја права ЕУ, може се сматрати да само врховни национални судови, и посебно уставни судови – врше контролу надлежности *vis-à-vis* органа ЕУ, пошто ЕСП представља камен темељац система на европском нивоу и тежи употреби те позиције на начин који је

³⁸ *Ibidem*, para. 96.

³⁹ *Ibidem*, para. 97.

⁴⁰ *Ibidem*, para. 98.

отворен ка ЕУ. Извршне и судске инстанце ЕУ имају, у великој мери, могућност да афирмишу право Уније путем тумачења које сматрају коректним, без политичких инстанци које имају на располагању ефективне механизме да им се супротставе у случају да последице тих тумачења сматрају штетним. Могућност да се спречи подривање надлежности настало законодавним средствима или ревизијом уговора, има слабо практично дејство с обзиром на велике препреке које постоје за то у Унији 27 држава чланица“. Према судији Ландау, већина његових колега једнострано решава ту тензију између принципа очувања демократског легитимитета и функционисања Уније у корист функционалности позивајући се на принцип отворености Основног закона за Европу током спровођења надлежности контроле, уз коначно позивање на одговарајући принцип лојалне сарадње.⁴¹

У пресуди о Лисабонском уговору, подсећа судија Ландау, СУС је развио „уравнотежени модел“ националне контроле поступака ЕУ, јер он суштински ограничава контролу на „очигледне“ повреде граница ка државама чланицама и формално је поставља као приоритет правне заштите на нивоу ЕУ. Та контрола покрива свако проширено тумачење Уговора које је једнако недопустивој аутономној ревизији уговора, али ту не спадају повреде надлежности периферног карактера које нису очигледне и недвосмислене природе, и које не доводе у питање суштину демократске одговорности, а исто важи и за прекорачења надлежности која су значајна само унутар Уније и не утичу на област активности држава чланица ЕУ. Очигледне, тј. јасне и недвосмислене повреде надлежности треба да буду, пре свега, подложне преиспитивању ЕСП, што је могућност која постоји да би се, ипак, артикулисале постојеће резерве у погледу надлежности.⁴² Судија Ландау је тврдио да би у актуелном предмету било посебно примерено да се приоритет правне заштите оствари на нивоу Уније, и да то носи конструктивни потенцијал. Он додаје да се тим средствима која омогућавају резервну надлежност СУС може адекватно обезбедити да налаз о непримењивости права Уније због прекорачења надлежности остане резервисан за изузетне случајеве.⁴³

⁴¹ *Ibidem*, para. 99-100.

⁴² *Ibidem*, para. 101. Ове резервне надлежност СУС је образложио и у пресуди о Лисабонском уговору: BVerfGE 123, 267, para. 401.

⁴³ *Ibidem*, para. 101.

Судијска већина је напустила „лисабонски консензус“ и тиме што је прекорачила захтев очигледности – јасности и недвосмислености – и што сада захтева „довољно квалификовану“ повреду надлежности која није само очигледна, него и доводи до „структурално значајне“ промене на штету држава у структури надлежности између њих и ЕУ, наставља судија Ландау. Тиме већина судија иде изван циља структуре *ultra vires* контроле која је отворена према европском праву; она игнорише главни предуслов за вршење власти – обавезу демократске легитимације, наглашену у пресуди о Лисабонском уговору, која се крши сваким прекорачењем надлежности. Допуштање да се надлежности врше без демократске легитимације, супротно је кључном исказу пресуде СУС о Лисабонском уговору, истиче Ландау.⁴⁴ Захтевом за структурално значајном променом, судска већина игнорише чињеницу да настају специфичне опасности за очување надлежности и тиме демократске легитимације ЕУ. Те опасности су мање у случају тешких, тиме и препознатљивих, видова преузимања надлежности, него што су у случајевима постепеног развоја и акумулације минорних прекорачења надлежности која могу бити незнатна сама по себи, али на крају доводе до значајних последица. Ризик који је вероватно инхерентан свим федералним системима „политичког само-појачавања“ вишег нивоа, у посебној мери постоји у случају ЕУ, захваљујући томе што расподела надлежности овде – за разлику од федералних држава – није објактивна, него се дешава на највишем нивоу. „Питање – да ли је у контексту таквих кретања, која се могу илустровати текућом експанзијом судске праксе ЕСП о примени одредаба садржаних у директивама која кулминира у предмету Манголд, уопште могуће препознати појединачни случај прекорачења надлежности који показује тежину коју тражи судска већина, и тиме покренути контра-механизам *ultra vires* контроле – чини се веома проблематичним, посебно зато што је, у многим случајевима, коректна процена тога да ли индивидуални акт покреће структуралну промену надлежности могућа само у ретроспективи.“⁴⁵

Коначно, судија Ландау закључује да судска већина није показала да поштује своју одговорност за значење одредаба које се односе на надлежности засноване на демократији и владавини права. Она наставља проблематичну тенденцију већ препознату у ранијој судској пракси СУС, да се „само на папиру потврђује демократски засновано национално право

⁴⁴ *Ibidem*, para. 102.

⁴⁵ *Ibidem*, para. 103.

изрицања коначне пресуде о примени суверених надлежности на сопственој територији и пратећа одговорност за поштовање надлежности датих Унији, а да се у пракси уздржава од примене тог права“.⁴⁶

ЕСП је очигледно прекорачио надлежности

Са пресудом у предмету Манголд, ЕСП је очигледно прекорачио надлежности које су му дате да тумачи комунитарно право – он делује *ultra vires*, тврди судија Ландау. Он истиче да судска већина оставља отвореним питање да ли се ЕСП удаљио од оправданог тумачења – укључујући и даљи развој права, и да на то питање очигледно треба одговорити потврдно. Поред тога, пресуда Манголд наноси штетну и слободи акције која је Уговорима остављена на располагање СР Немачкој као држави чланици ЕУ. Ландау, пак, сматра да није релевантно питање да ли је исправан став ЕСП да је случај Манголд отворен за примену комунитарног права и став да постоји супротност између садржаја немачког Закона о раду и европске Директиве о једнаком третману. У најмању руку, образложење у којем ЕСП игнорише чињеницу да период транспозиције није био истекао, не представља више ни оправдану интерпретацију, ни даљи развој права Уније, него проширено тумачење Уговора које је једнако недозвољеној аутономној ревизији уговора, категоричан је Ландау: Може се рећи да је тај прости закључак био познат од самог почетка, и да је он изведен ослањањем на традицију судске праксе ЕСП оријентисану у складу са принципом *effet utile* – ЕСП је преиспитивао немачки закон према Директиви о једнаком третману иако она у то време није била обавезујућа за СРН; према вољи комунитарног законодавца, демократски легитимисани органи СР Немачке нису још увек били обавезни да се подреде Директиви. Упркос томе, ЕСП је приписао директиви која још увек није била ступила на снагу негативну директну унутрашњу примену, која је довела до непримењивања конкурентног националног закона. Као што је ЕСП-у сигурно било јасно, то коначно наноси штету носиоцима фундаменталних права који су били у уверењу да важи национални Закон о раду, подсећа Ландау. Разлози за исход до кога ЕСП долази, према судији Ландау, очигледно нису убедљиви: они доводе до закључка да ЕСП тврди да исход који му је пожељан, у смислу комунитарног права, треба примењивати што је више могуће, без узимања у обзир супротне воље комунитарног законодавства, чиме је прешао границе методолошки

⁴⁶ *Ibidem*, para. 104.

оправданог даљег развоја права. Штавише, наставља Ландау, „они су учинили јасним како различити аргументациони обрасци ЕСП, који су сигурно отворени према Унији, али се дуго прихватају у комбинацији, стварају опасност постепене ерозије надлежности држава чланица и демократске легитимности, што је тешко одржати.⁴⁷

ЕСП одређује забрану старосне дискриминације као општи принцип комунитарног права, а то се, према судији Ландау, не може схватити ни коришћењем разлога из пресуде ни независно од тога. Није оправдано извођење појединачне забране дискриминације на бази старости из међународних уговора и уставне традиције заједничке државама чланицама. Судија Ландау подсећа да је то у правној литератури већ адекватно документовано до сада и да није било озбиљно оспоравано. Иако судска већина оставља отвореним ово питање у формалном смислу, она у крајњем не може да избегне да то не наведе уз одговарајуће рефернце. Ландау сматра да није прихватљиво да се каже да забрана дискриминације на бази старости представља, просто, случај примене општег принципа једнакости у праву ЕУ, што је ЕСП урадио у предмету Манголд. Ландау тврди да пресудна оцена да старост може да буде проблематичан критеријум прављења разлике који захтева даље оправдање, не произлази из општег принципа једнаког третмана, и да је она, штавише, страна заједничким уставним традицијама те да, посебно у контексту тржишта рада, она не представља ништа друго до „ствар усмерења“, с обзиром на главне проблеме које старија незапослена лица имају када траже стални посао. Коначно, Ландау указује да ЕСП не каже ништа о вољи држава чланица, која је јасно изражена дуплирањем правног основа у Уговору: ограничава се прављење разлике према другим карактеристикама осим националности, али тек након што се то конкретно формулише помоћу секундарног законодавства.⁴⁸

Концепт примене директиве „унапред“ не може да доведе до тумачења пресуде у случају Манголд ни *per se*, ни кад се разматра заједно са, како се наводи, неписаном забраном старосне дискриминације – гласи даљи аргумент издвојеног мишљења судије Ландау. „Исход коме ЕСП тежи, у том смислу, настаје само из акумулације разних догматских приступа који посежу у област држава чланица и који, у смислу транспарентности

⁴⁷ *Ibidem*, para. 105-107.

⁴⁸ *Ibidem*, para. 108-109. Двоструки правни основ на који се судија позива су чланови 18. и 19. УФЕУ (ex-12. и ex-13. УЕЗ).

демократске дистрибуције надлежности, у крајњем више нису прихватљиви“. Признање директне примене директива од стране ЕСП већ представља корак даље у развијању права које јасно излази изван форумалција Уговора, што СУС свеједно следи за разлику од неких других судова, подсећа Ландау. У том погледу, СУС је себи дозволио да га води концепт отворености према европском праву, и закључио да судска пракса ЕСП може да инвоцира главне објективне аргументе – наиме, концепт ефективног санкционисања држава чланица иако рок за транспозицију није истекао – и да директна примена није нужно повезана са предусловима који су испуњени са којима се спречава изједначавање директива и одредаба на начин који крши Уговор. Ландау каже да ЕСП ову резерву није показао у случају Манголд, и да се он одрекао принципа по коме директна примена одредаба из директива зависи од истека периода транспозиције. Штавише, СУС у суштини дозвољава индиректни утицај директиве на односе између приватних лица. „Више није могуће заснивати ове далекосежне кораке на концепту санкционисања (односких) држава чланица. ЕСП нуди само екстремно неадекватно објашњење за њих, наводећи површно принцип према коме државе чланице морају током периода транспозиције да се уздрже од предузимања мера које могу озбиљно да компромитују остварење резултата прописаног директивом. Проблем се прикрива тиме што „судска већина овде говори о ‘спровођењу постојећих правних обавеза’, за које каже да ‘не стварају за државе чланице нове обавезе којима се крши принцип преноса’; у крајњем, ‘спровођење’ постојећих обавеза може да значи само то да правне обавезе јесу проширене изван договорене мере”.⁴⁹

Овај исцрпни приказ идвојеног мишљења судије Ландау закључује се његовом оценом да је ЕСП у предмету Манголд развио једно тумачење комунитарног права о разграничењу надлежности Заједнице (Уније) и држава чланица које је суштинско за покретање *ultra vires* контроле: ЕСП лишава државе чланице надлежности у области политике запошљавања, која је углавном резервисана за њих. Тиме су испуњени предуслови за *ultra vires* процену, иако Ландау напомиње и то да не треба прецењивати значај постојећег прекорачења надлежности у контексту антиципираног истека периода транспозиције за директиве. Ако, међутим, судска већина негира „практичне последице из којих проистичу надлежности” тврдећи да су органи овлашћени за доношење закона (Савет и немачки представник у

⁴⁹ *Ibidem*, para. 110.

њему) учинили обавезним принцип забране старосне дискриминације за правне односе засноване на уговорима о раду, она и тиме „ствара дискрецију за судско тумачење права”, и то без даљег образложења да је правни поглед ЕСП покривен вољом законодавца. Ландау подсећа да, „ако је и постојала било каква потреба да се покаже супротно, усвајање Закона о раду је показало, ипак, врло јасно да сасвим дефинитивно, посебно СР Немачка није желела да се њено деловање ограничи на начин који произлази из пресуде у предмету Манголд. Управо супротно: немачки представник у Савету евидентно није имао у виду судско тумачење закона које ограничава деловање СР Немачке, нити се то могло очекивати од њега“. Коначно, Ландау додаје да чињеница да прекорачење надлежности од стране ЕСП неће имати никакве последице за законе који се примењују данас, пошто је забрана старосне дискриминације сада садржана у Повељи о основним правима, не чини ту повреду неучињеном – изнад свега, не чини је таквом у погледу овог случаја о коме СРС пресуђује на основу права примењивог у време закључења уговора.⁵⁰

Могућности правне компензације за претрпљену штету

На крају образложења свог неслагања са колегама, судија Ландау наводи да, под овим условима, Савезном радном суду није било дозвољено да се позове на Манголд пресуду Европског суда правде, како би ставио ван снаге недвосмислену наредбу о примени одредаба Закона о раду и како би покренуо акцију против орочених уговора о раду. Пошто СРС није био слободан, у смислу комунитарног права – као и на основу Устава, да донесе пресуду која отворено одступа од судске праксе ЕСП, Ландау је предлагао да наредне инстанце расправе или претресу све расположиве могућности за решење иманентних тензија.⁵¹ То није спроведено, у контексту чињенице да је СРС – као и већина сада у СУС – игнорисао прекорачење надлежности од стране ЕСП за које Ландау тврди да постоји. Он је сматрао да би приоритет, у овом погледу, могло бити то да се размотри захтев за правном заштитом на нивоу Уније, као што се и тврдило у пресуди Лисабон. СРС би, коначно, морао још једном да се обрати ЕСП-у, посредством процедуре прелиминарног мишљења, објашњавајући постојеће резерве, са питањем да ли је комунитарно право захтевало да се стави ван снаге Закон о раду. Комунитарно право не

⁵⁰ *Ibidem*, para. 112-113.

⁵¹ *Ibidem*, para. 114.

спречава такав обновљен, проширен, добро-заснован поднесак, тврди Ландау. У том оквиру, било би могуће и експлицитно поставити питање о могућем временском ограничењу примене пресуде. Процедура прелиминарног мишљења већ је отворила многе кооперативне могућности за решавање сукоба у раној фази, или за барем олакшавање иманентних сукоба између захтева уставног и комунитарног права, сматра Ландау. У случају потпуне потврде Манголд пресуде, СРС би могао, и осим тога би требао, да преиспита да ли, и до које мере, овде постоје могуће пресуде које су у складу са правом ЕУ а које би поштовале вољу законодавца изражену у Закону о раду, у најмању руку, у погледу исхода. Само ако се не могу предузети такви кораци, СРС би могао, и то би требало урадити према судији Ландау, да формално нађе прекорачење надлежности од стране СУС. Све то показује да *ultra vires* контрола може да се врши у великој мери на начин који је отворен према европском праву и кооперативан, закључује судија Ландау.⁵²

КРИТИКА И КОМЕНТАРИ ПРЕСУДЕ

Најдоследнија критика пресуде у предмету *Mangolg/Honeywell* налази се у издвојеном мишљењу судије Ландау које је управо изложено. Остаје не баш потпуно јасно како ће се извршити компензације за насталу штету подносиоцу уставне жалбе (*Honeywell*) на унутрашњем плану. То је први парадокс овог предмета, јер уставна жалба је одбијена, а индицирана је могућност компензиција подносиоцу жалбе на националном плану. Предмет излази у сусрет захтевима иницијалног подносиоца тужбе (*Mangolg*) о заштити против старосне дискриминације, али из позиције подносиоца жалбе, који је и материјално оштећен пресудама европског и немачких судова, основни проблем је била и остала правна несигурности која произлази и из образложења аргумента ЕСП о *de facto* директној хоризонталној примени директиве – тј. примени директиве „унапред“ у односима између појединаца у ситуацији када постоји опречни национални закон.

СУС оставља отвореним и нека друга питања која не сматра релевантним за пресуду, нпр. каже да није потпуно убеђен у образложење ЕСП о томе да ли наведена одлука може да се постигне легално прихватљивим методама тумачења због чињенице да је јасно да није дошло до довољно озбиљне повреде надлежности у поменутом значењу. СУС

⁵² *Ibidem*, para. 115-116.

оставља неодговореним и питање да ли постоји (или је постојао у релевантно време) општи принцип забране старосне дискриминације, и каже да, чак и без тог принципа, закључује да нема довољно квалификоване повреде која води новим надлежностима ЕУ на штету држава чланица, нити се шире постојеће надлежности ЕУ пресудом у предмету Манголд.

Даље, мада је СУС потврдио да ће контролисати ЕУ институције, тј. да ли оне остају унутар надлежности које су им поверене, услови који треба да се испуне да би неки акт био *ultra vires* толико су стриктно дефинисани да је мало вероватно да ће случајеви као *Honeywell* уопште више бити успешно постављени пред СУС. То је добра вест за европске интеграције, али ће без сумње изазвати даље критике због доктринарне недоследности и практичне правне несигурности. Први медијски коменатри забележили су да је *Mangold/Honeywell* пресуда СУС дочекана са олакшањем у Бриселу и Луксембургу, и да немачки СУС не само да је избегао директни сукоб са ЕСП, него је и ојачао његову позицију – ограничавајући своју.⁵³ Други сматрају да је СУС донео прагматичну пресуда, јер је још једном потврдио да он има коначну реч у питањима да ли институције ЕУ прекорачују надлежности, иако је истовремено објаснио и то да ће се *ultra vires* контрола примењивати нерадо и на „пријатељски” начин према ЕУ праву.⁵⁴ Другим речима, СУС је још једном избалансирао право ЕУ према одредбама националног устава (остављајући и даље отвореним нека важна питања), а ипак је ставио до знања да он и даље задржава право да контролише границе између европских и националних надлежности. Где се тачно налази та граница – остаје питање које ће, без сумње, и даље окупирати стручну и ширу европску јавност.

Да ли ће пресуда СУС у предмету *Mangold/Honeywell* имати далекосежне последице – то треба сагледати у контексту чињенице да је СУС ову врсту контроле ретко користио и да се она и до сада колебаљиво развијала. Концепција националне контроле аката ЕУ у Немачкој се дуго развијала упоредо са развојем концепта примата права ЕУ кроз судску праксу ЕСП.⁵⁵ Ова вишедеценијска „игра мачке и миша“ између два суда – једног националног уставног суда и другог европског који је све више *de*

⁵³ “German Constitutional Court clears path to EU law“, 31 August 2010, <http://euroactiv.com>

⁵⁴ Felix Schulyok, “Mangold is not ultra-vires”, *Adjudicating Europe*, Aug 31, 2010; Internet: <http://adjudicatingeurope.eu/?p=487>

⁵⁵ Фундаментална пресуда у том смислу је: Case 6/64 *Costa/ENEL*, judgment of 15 July 1964, [1964] ECR 1251.

facto уставни суд, може да се прати кроз низ сукцесивних пресуда СУС – *Solange* (I, II, III; нем. *Solange*, све док, уколико) и пресуда о уставности националне ратификације уговорне ревизије (пресуде о Мастрихту, Лисабону). Кроз наведене пресуде СУС је развијао могућности *ultra vires* контроле, а кроз ту активност се изражава и разлика између концепта основних права на комунитарном нивоу и оних на националном, која и даље постоји, тј. суштински је упоредива. Та „антагонистичка“ позиција два суда – СУС и ЕСП – у тумачењима заштите људских права, у принципу подразумева питање који суд доноси коначну пресуду у заштити људских права. СУС се ретко директно сукобљавао са ЕСП, али је и тако донекле успевао да каналише „судски активизам“ ЕСП.⁵⁶

У почетку је СУС остављао отвореним питање да ли комунитарно право може да се преиспитује према одредбама Основног закона СР Немачке, а афирмативни одговор је у првој пресуди *Solange* 1974. године о контроли фундаменталних права.⁵⁷ СУС је тада закључио да ће приступати контроли уставности комунитарног права *уколико* се њиме не гарантује заштита људских права еквивалентна оној коју пружа немачки Устав, и да ће немачки судови примењивати право Европске заједнице (ЕЗ) само *уколико* провере компатибилност права ЕЗ (примену која се тражи у Немачкој) према Основном закону. Са пресудом *Solange II*, СУС је 12 година касније (1986) суспендовао ту надлежност надзора у погледу судске праксе ЕСП у питањима фундаменталних права.⁵⁸ Тада, заправо, ублажио ранији став: наводи да ће се уздржаће од вршења надлежности контроле компатибилности секундарног комунитарног права са основним правима која су призната Основним законом (Уставом), све док Европске заједнице, а посебно пракса ЕСП на еквивалентан начин гарантују ефикасну заштиту основних права од прерогатива јавних власти, која је упоредива са заштитом коју пружа немачки Основни закон.

Даље је СУС опет развијао, најпре у контурама а касније и јасније, идеју допунске контроле поштовања граница надлежности органа ЕУ. Пресуда о уставности ратификације Уговора из Мастрихта у Немачкој из 1993. године

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Bundesverfassungsgericht, *Beschluß des Zweiten Senats vom 29. Mai 1974*, 37 BVerfGE 271, Internet: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>

⁵⁸ Bundesverfassungsgericht, *Beschluß des Zweiten Senats vom 22. Oktober 1986*, 73 BVerfGE 339.

представља даље приближавање са правом ЕЗ у погледу заштите људских права.⁵⁹ СУС је тада подвукао да са ЕСП дели мисију ефективне заштите фундаменталних права Немаца, и да су основна права која гарантује и примењује ЕЗ суштински слична заштити основних права у Основном закону. Ипак, контрола права ЕЗ од стране СУС може да се примењује само ако немачки суд (по)тврди да је еволуција европског права, укључујући пресуде ЕСП, испод нивоа захтева стандарда основних права према Основном закону. У пресуди за Матрихт СУС се, тако, поставио опет у позицију „вратара” у погледу јурисдикције, који ће одлучивати од случаја до случаја о *ultra vires* актима ЕУ. То обећање из пресуде за Матрихт, он је опет пропустио да примени у првом предмету који му је за то пружио прилику 2000. године, у трећој тзв. *Solange III* пресуди.⁶⁰ Тада је СУС још једном прецизирао услове под којима може бити прихваћена тужба против секундарног комунитарног права (било приликом индивидуалне уставне жалбе, било постављањем питања од стране неког суда), и недвосмислено потврдио кооперативну и подједнаку природу два органа судске власти (СУС и ЕСП). Уместо да у пракси развија механизме контроле, из пресуди о Уговору из Матрихта, са пресудом *Solange III* СУС се практично поново вратио на *status quo* из *Solange II* пресуде.

Са пресудом о уставности ратификације Лисабонског уговора у Немачкој (2009), СУС је опет био подигао прашину.⁶¹ Ова пресуда са експлицитном разрадом идеје *ultra vires* контроле, преузима исказ о „правним инструментима који прекорачују границе“ из Матрихт пресуде, али ипак одступа од ње. Лисабонска пресуда и језички и догматски следи међународно право преузимајући класичан концепт јавне власти која делује без надлежности.⁶² СУС дакле наставља резоновање на бази

⁵⁹ Bundesverfassungsgericht, *Urteil des Zweiten Senats vom 12. Oktober 1993 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. und 2. Juli 1993*, 89 BVerfGE 155.

⁶⁰ То је колоквијално трећа *Solange* пресуда, а заправо се ради о тзв. предмету *Banana* где су спор развио око квота за увоз у ЕУ банана из трећих земаља, и питања о уставности примене на немачке трансакције регулативе ЕЗ које се односе на увоз и продају банана. Bundesverfassungsgericht, *Beschluß des Zweiten Senats vom 7. Juni 2000*, 147 VerfGE 102.

⁶¹ Bundesverfassungsgericht, *Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. und 11. Februar 2009*, 123 BVerfGE 267, Internet: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv123267.html>

⁶² Више у: 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.

принципа преноса, који подсећа на то да су међународне организације секундарног, изведеног правног и политичког статуса. Та одлука, ипак, одсликава добро познату формулу да СУС неће пропитивати компатибилност европског секундарног законодавства са немачким основним правилима *све док* на европском нивоу постоји заштита основних права која је упоредива са оном из немачког Устава. Према Лисабонској пресуди, може се преиспитивати сагласност европског правног акта са немачким Уставом с обзиром на „очигледна“ прекорачења граница надлежности. Поред тога, пресудом о Лисабонском уговору СУС је заузео став о апсолутној непромењивости неких делова Основног закона у погледу права ЕУ, тзв. уставног идентитета и образложио своје право да врши контролу над њим (тзв. контрола идентитета, *Identitätskontrolle*). И *ultra vires* контрола, као и контрола идентитета, могу да доведу до проглашења комунитарног закона непримењивим у СР Немачкој.⁶³

Мада је са Лисабонском пресудом СУС потврдио да је преиспитивање аката органа ЕУ резервисано за случајеве „очигледног прекорачења“, сигнал који је тада упутио многи су тумачили као јасну жељу да игра активнију улогу у европским правним пословима, а постојале су и најаве „судског рата“ и настанак непредвидивих проблема за правни поретку ЕУ.⁶⁴ У том контексту, предмет *Mangold/Honeywell* је требало да покаже да ли ће СУС омекшати пројекат националне уставне контроле или ће му дати нови кредибилитет у пракси. Из перспективе управо усвојене пресуде СУС у предмету *Mangold/Honeywell*, чини се да је Лисабонска пресуда била празна претња. СУС се још једном, како је то неко приметно, задовољио улогом „пса чувара који воли да лаје, али никад не уједа“.⁶⁵ Скептици кажу да је СУС није остварио ништа више осим што је запретио прстом, и да се дигло много буке ни око чега. Критика би могла казала и да немачки СУС баца праšину у очи не само немачком, него и народима

⁶³ BVerfG, 2 BvE 2/08, para. 240-243. Видети о уставном идентитету СР Немачке у: Жаклина Новичић и Дејан Гајић, „Уставни идентитет као ограничење европске интеграције: Случај „Лисабон“ пред немачким Савезним уставним судом“, у: *Хармонизација законодавства Републике Србије са правом Европске уније*, Душко Димитријевић и Брано Миљуш (урс), ИМПП, 2009, стр. 155-185.

⁶⁴ Видети различите реакције у: *German Law Journal*, Special Issue: The Federal Constitutional Court's Lisbon Case, Volume 10, October 2009. Интернет: <http://www.germanlawjournal.com>

⁶⁵ Felix Schulyok, „Mangold is not ultra-vires“, *Adjudicating Europe*, Aug 31, 2010, Internet: <http://adjudicatingeurope.eu/?p=487>

Европе, уверавајући их да се све одвија на демократски начин, иако је у стварности управо супротно – још једном се прешло преко очигледног прекорачења надлежности од стране ЕСП.

„Судски активизам“ ЕСП критикован је и раније, посебно у вези са судским обликовањем анти-дискриминационог права у низу директива усвојених у новом миленијуму које отварају маневарски простор за широка тумачења сопствене надлежности.⁶⁶ Анти-дискриминационо право постало је област нове доктрине премошћавања недостатка хоризонталне директне примене директива тиме што се та њихова примена признаје преко одговарајућих општих принципа – принципа забране (старосне) дискриминације. И након покретања уставне жалбе у предмету *Honeywell*, питање забране старосне дискриминације било је пред ЕСП постављено у више прилика, од којих је последња решена почетком 2010. у предмету *Kücükdeveci* када је ЕСП потврдио Манголд пресуду и директну примену принципа забране старосне дискриминације као генералног принципа права ЕУ, који сада штити и Повеља о основним правима ЕУ.⁶⁷ Тај предмет, који се назива и „Манголд II“ пресудом, представља, поред оригиналне Манголд пресуде ЕСП, потврђене сада и пресудом СУС која је била предмет овог текста, други камен темељац правног примата права ЕУ над националним правним системима и важан преседан за примену Повеље о основним правима након ратификације Лисабонског уговора.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Case C 555/07, *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, Judgment of the Court of Justice, *Küçükdeveci/Swedex*, Case C_555/07 (19 January 2010). Filippo Fontanelli, “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.