

Dr. sc. Petar Bačić, izvanredni profesor
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu
Ivan Sarić, student
doktorskog studija Sveučilišta u Osijeku

AKTIVIZAM EUROPSKOG SUDA KROZ PRESUDE O SLOBODI KRETANJA RADNIKA

UDK: 342 (4) 331 . 55 : 061. 1EU

Pregledni znanstveni rad

Primljeno: 15. 10. 2013.

Omogućavanje slobode kretanja radnika unutar Europske unije u funkciji stvaranja i jačanja unutarnjeg tržišta te realizacije bitnih ciljeva socijalne politike jedan je od temelja europskog projekta još od samog njegova oživotvorenja 1957. godine. Snažnu potporu takvoj politici omogućavala je aktivistička orijentacija Europskog suda koji je kroz svoj case-law s vremenom izvršio izuzetno veliki utjecaj na razvoj ovog prava i brojnih s njim povezanih pitanja. U ovom ćemo radu stoga pokušati osvijetliti aktivističku poziciju Europskog suda u specifičnom području – slobodi kretanja radnika i ostalim pojmovima vezanima uz rad.

***Ključne riječi:** Europski sud, sudski aktivizam, radnik,
sloboda kretanja radnika*

1. UVOD

Konstitucionalizam se može definirati kao skupinu načela koja služe upravljanju političkom zajednicom. Ta načela omogućavaju ograničavanje vlasti, zaštitu temeljnih prava, postojanje neovisnog sudstva kao potpore ostvarivanju prava, slobodne izbore s općim pravom glasa, kao i učvršćivanje vladavine prava koja označava odsustvo arbitrarnosti i jednakost svih pred zakonom. Konstitucionalizam u svom ostvarivanju prodire u kolektivnu svijest nositelja vlasti i građansku kulturu upravljanih. Konstitucionalizam pretpostavlja demokratski pristup, u javnim poslovima politiku *give-and-take* odnosa, spremnost prihvaćanja ograničavanja vlasti, osjećaj odgovornosti, kao i spremnost da se čini pravda.¹

Još je **Alexis de Tocqueville** tvrdio kako je za afirmaciju konstitucionalizma od posebne važnosti da "duh zakona koji nastaje u školama i sudovima izađe izvan njihovih zidova u dubinu društva, gdje će se spustiti do najnižih klasa, kako bi se naposljetku cijeli narod povezao s običajima i sklonostima sudskih magistrata".²

¹ Tako o konstitucionalizmu piše Bačić, A., Hrvatska i izazovi konstitucionalizma, Književni krug, Split, 2001., str. 9-72; Usp. Friedrich, C. J., Constitutions and constitutionalism, u International Encyclopaedia of Social Sciences, Vol. 3, New York, 1968., str. 318-325; Tsagourias, N., Introduction – Constitutionalism: A Theoretical Roadmap, u Transnational Constitutionalism – International and European Perspectives (ur. Tsagourias, N.), CUP, Cambridge, 2007., str. 1-15.

² Tocqueville, A. de, Democracy in America, 1835.; cit. pr. Westin A.F., The Anatomy of Constitutional Law Case, New York, 1958., str. ii.

Premda Tocquevilleova tvrdnja može svojim "klasnim pristupom" danas zvučati pomalo arhaično, u njoj se krije barem naznaka ideje sudskog aktivizma. No, to je i razumljivo – u pitanju je rečenica iz Tocquevilleova kapitalnog djela "O demokraciji u Americi" (1835.) u kojem razmatra društveni i politički razvoj Amerike. Naime, upravo je u SAD-u afirmaciju konstitucionalizma pratio i svojevrsni trend "običaja" i "sklonosti" nekih "sudskih magistrata". Smatramo da se taj trend u prvim desetljećima 20. stoljeća kristalizirao kao sudski aktivizam.

Riječ je zapravo o procesu prilagodbe starog načela o diobi vlasti novim odnosima, u sklopu kojih je sve istaknutija uloga sudova, posebno onih najviših, koji u ime ustavnih načela određuju ili redefiniiraju granice djelovanja političkih grana vlasti. Neki autori, poput primjerice **R. Hirschla**, pišu o tzv. novom konstitucionalizmu koji karakterizira ponajprije transformacija odnosa između legislatura i sudova, odnosno pretvaranje sudova u glavna tijela političkog odlučivanja. Politička sfera tako postaje sve otvorenija sudskom aktivizmu. Aktivizam je u teorijskom smislu konstitutivan, po koncepciji liberalan, a po svojoj biti teleološki; on polazi od toga da svaki zakon ima svoju svrhu, da je ustav socijalna povelja društva koje se razvija i koje se temelji na određenim ideološkim i filozofskim pretpostavkama.³ O sudskom aktivizmu može se govoriti onda kad se sudovi više ne brinu samo za presuđivanje pravnih sporova, već im je cilj stvaranje društvene politike, čime zahvaćaju mnogo više ljudi i interesa nego je to slučaj u rješavanju pojedinačnog slučaja. Aktivizam suda mjeri se stupnjem njegove vlasti koju on provodi nad građanima, legislaturom i upravom.⁴

Danas je proces judicijalizacije (*judicialization*), pod kojim ovdje sasvim generalno podrazumijevamo interveniranje sudbene vlasti i sudaca u socijalna, ekonomska i politička pitanja, nesporna činjenica i globalni fenomen. Taj je proces na djelu u najrazvijenijim demokratskim sredinama svijeta – u Sjedinjenim Američkim Državama, državama članicama Europske unije, ali i drugdje. Primjeri toga trenda su bezbrojni: u SAD-u je to npr. odluka *Bush v. Gore* (531 U.S. 98) kojom je 2000. godine Vrhovni sud SAD-a intervenirao u izbornu politiku; u Italiji su to spektakularni potezi sudaca koji su višekratno i ustrajno atakirali na inertne poslijeratne vlade; u Francuskoj energični suci koji nisu oklijevali prozivati premijere i predsjednike; da i ne spominjemo ulogu i poteze onih sudaca koji su devedesetih godina 20. stoljeća zahtijevali uhićenja i osuđivanje diktatora i vojnih vođa, itd.⁵

³ Bačić, P.: Suvremeni konstitucionalizam i „nova“ dioba vlasti, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Vol. 46, No. 4., 2009., str. 758 et passim.

⁴ Bačić, A.: O sudskom aktivizmu ili o političkoj ulozi sudova, Politička misao, Vol. 35., No. 2., 1998., str. 106.

⁵ O tome usp. Ferejohn, J., *Judicializing Politics, Politicizing Law*, 65 *Law & Contemporary Probs.* 41/2002; Hirschl, R., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.; Shapiro, M. & Stone Sweet, A., *On Law, Politics and Judicialization*, OUP, Oxford, 2002.; Stone Sweet, A., *Governing With Judges – Constitutional Politics in Europe*, OUP, Oxford, 2000.

No, osim na nacionalnim razinama, trendovi judicijalizacije kao "processa kojim se u tijeku institucionalnog razvoja društva konstruira sudski autoritet" afirmiraju se i u procesu konstitucionalizacije na supranacionalnim razinama.⁶ U tom je smislu dovoljno podsjetiti na značaj sudskih institucija koje djeluju u korist ujedinjene Europe – Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu (ECtHR), te Europski sud pravde u Luxembourg (ECJ) čije djelovanje i predstavlja centralni interes ovog rada. Pritom je stvaranje europske supranacionalne "zajednice prava" i njoj odgovarajućeg hijerarhijskog sudbenog sustava pojačalo judicijalizaciju unutar država članica, a ova je opet simultano poticala političku ulogu ECJ-a i nacionalnih sudaca. Pitanje je utoliko zanimljivije što je gotovo od početka postojanja i djelovanja ECJ-a postojao ozbiljni procjep između njegove formalne uloge predviđene ugovorima kojima su uspostavljene početne europske zajednice i njegove daleko aktivnije *de facto* uloge.

Djelovanje Europske zajednice i njezinih institucija (Vijeća, Komisije, Parlamenta i Suda) od početka je pokazivalo rastući proces međuovisnosti. Takav je odnos otvorio i krucijalno pitanje legitimiteta: Ako porast međuovisnosti zakonodavne i sudbene grane vlasti narušava tradicionalne doktrine parlamentarnog suvereniteta i diobe vlasti (pa prema tome i autoritet središnjih načela vladavine većine i 'opće volje'), kako se onda taj proces može legitimirati kao temelj za demokratsku vladavinu? Niz utjecajnih teoretičara europskog ustavnog prava na to pitanje odgovara kako takvu legitimaciju ne osiguravaju statične i zastarjele teorije ustavne revizije, koja podrazumijeva diobu vlasti koja više ne postoji u stvarnosti, već participatorna priroda ustavne politike. Potonja politika uključuje stranke u sporu (državu, političke stranke, privatne osobe), suce kao i doktrinarne eksperte. Na taj se način legitimitet stvara tijekom vremena i to kroz aktualnu praksu ustavne politike.⁷ Snažnu potporu takvoj ustavnoj politici Europske zajednice omogućavala je upravo aktivistička pozicija ECJ-a.

Omogućavanje slobode kretanja radnika unutar Europske unije u funkciji stvaranja i jačanja unutarnjeg tržišta te realizacije bitnih ciljeva socijalne politike jedan je od temelja europskog projekta još od samog njegovog oživotvorenja 1957. godine,⁸ a upravo je Europski sud kroz svoj *case-law* s vremenom izvršio izuzetno veliki utjecaj na razvoj ovog prava i brojnih s njim povezanih pitanja. U ovom ćemo radu stoga pokušati osvijetliti aktivističku poziciju Suda u specifičnom području – slobodi kretanja radnika i svim ostalim pojmovima vezanima uz rad, kako glede primarnog tako i glede sekundarnog prava Europske unije. Naglasak

⁶ O judicijalizaciji više u Stone Sweet, A., *Judicialization and the Construction of Governance*, University of California, Berkeley, CCOP, Paper wps-1999-04; Shapiro, M. & Stone Sweet, A., op. cit., p. 417.

⁷ Usp. Stone Sweet, A., *Governing With Judges – Constitutional Politics in Europe*, OUP, Oxford, 2000., p. 32-60; Weiler, J.H.H., *The Constitution of Europe – 'Do the New Clothes Have an Emperor?' And Other Essays on European Integration*, CUP, Cambridge, 1999., posebno p. 10-101 (*The Transformation of Europe*) i p. 188-220 (*The Least Dangerous Branch: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*).

⁸ Opširnije vidi Muir, E., *EU Regulation of Access to Labour Market – A Case Study of EU Constraints on Member State Constraints on Member State Competences*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012., p. 17 et passim.

je pritom na presudama Europskoga suda u tumačenju slobode kretanje radnika, odnosno njegov utjecaj na određivanje kako pojma radnika, tako i preciziranje samog načela jednakog postupanja u pogledu zabrane diskriminacije (izravne i neizravne).

2. OPĆENITO O AKTIVIZMU EUROPSKOG SUDA

Prema čl. 164. *Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici* (kasnije čl. 220 *Ugovora o Europskoj Zajednici*), formalna se uloga Europskoga suda, kao glavnog sudbenog tijela u EZ/EU, sastojala u tome da u tumačenju i primjeni Ugovora osigurava poštovanje prava. Međutim, ECJ je nizom svojih značajnih odluka iz 1960-ih i 1970-ih postupno mijenjao karakter osnivačkog ugovora i to na način da je reducirao ili uklanjao njegove međunarodnopravne odlike. Imajući u vidu zadatak konstitucionalizacije *Ugovora o Europskoj zajednici* (UEZ), ECJ se borio za konstrukciju i afirmaciju europskog prava kao autonomnog pravnog poretka, ali ujedno i jačao svoju poziciju unutar institucionalne strukture EZ/EU. Unutar apologetskog diskursa ECJ je, u implementiranju i primjeni europskih pravila te uklanjanju otpora da se slijedi legalno zadani put europske integracije, veličan kao herojski akter, posebno u sučeljavanju s previdima i pogreškama država članica. U skladu s postojanjem takvog okruženja u kojem se trebalo izboriti za novi pravni poredak Zajednice, tko je uopće mogao očekivati da će njezino sudbeno tijelo "djelovati unutar kulture sudskog samoograničavanja".⁹

Aktivizam Europskog suda možda je najbolje opisati kao većinski aktivizam: kao promociju prava i mjera šire europske političke zajednice (većine) protiv „sebičnih“ ili autonomnih (ovisno o stajalištu) odluka nacionalnih zajednica (manjina).¹⁰ Pritom je, s jedne strane, ECJ putem doktrine materijalnog konstitucionalizma gradio europski ekonomski ustav – u tom kontekstu neophodno je spomenuti presude *Procureur du Roi v. Benoit and Gustave Dassonville*¹¹ i *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*¹² u kojima je sud tumačio čl. 30. UEZ-a (danas čl. 28. *Ugovora o funkcioniranju Europske unije* – UFEU). Spomenuta je odredba važna iz dva razloga: prvo, zbog problema pravnog tumačenja ekonomske učinkovitosti Zajednice; drugo, zbog toga što

⁹ Chalmers, D., *Judicial Preferences and the Community Legal Order*, *Modern Law Review*, Vol 60, No 2, 1997., p. 164.

¹⁰ Više o tome: Maduro, M.P., *We, the Court – The European Court of Justice and the European Economic Constitution: A Critical Reading of Article 30. of the EC Treaty*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 1998.

¹¹ Predmet *Dassonville 8/74* (1974.) ECR 837; Sud prvi put široko definira pojam mjera s istovrsnim učinkom kao količinska ograničenja sukladno čl. 28. UFEU-a (bivši čl. 30. EEZ-a) po kojoj obuhvaća sve nacionalne mjere koje imaju takav učinak da ometaju trgovinu između država članica. Činjenično stanje i opširnije o slučaju vidi u Josipović, T., *Načela europskog prava u presudama Suda Europske zajednice*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 139-142.

¹² Predmet *Cassis de Dijon 120/78* (1979.) ECR 649 nastavlja se na prethodnu presudu *Dassonville* po kojoj je Europski sud „otvorio“ mogućnost opravdanja nacionalnih mjera koje predstavljaju prepreku trgovine, odnosno opravdanja su brojnija od onih navedenih u čl. 30. UFEU-a (bivši 36. EEZ-a). Činjenično stanje i opširnije o slučaju vidi u Josipović, T., op. cit., str. 142-145.

dotiče središnje ustavno pitanje Zajednice – riječ je, naime, o odnosima Zajednice i država članica te definiranju opsega četiri temeljne slobode (slobodno kretanje roba, osoba, usluga i kapitala).¹³ U odluci *Dassonville* (1974.) ECJ djeluje kao legislator, iako je zbiljski legislator Zajednice u tome pitanju bio daleko obazriviji. U odluci *Cassis* (1978.) čl. 30. se istodobno širi i ograničava: ekstenzija njegove odredbe tiče se mjera koje su "nejasno primjenjive", a limitiranje na dopuštenje državama članicama glede mogućnosti opravdavanja njihovih nediskriminirajućih mjera ukoliko se one mogu prikazati kao nužne kako bi se zaštitila otvorena lista obveznih zahtjeva od javnog interesa, koji premašuju interese koji su posebno navedeni u čl. 36. Ugovora.¹⁴ To je rješenje utrlo put Komisijinom internom tržišnom programu koji se temeljio na načelu međusobnog priznanja, otvaranju mogućnosti sporova kako bi se testirale granice čl. 30. protiv državnih mjera koje su ograničavale komercijalnu slobodu privatnih aktera.

No, uz istaknutu ulogu u konstrukciji europskog ekonomskog ustava, reputaciju nesumnjivo aktivističke institucije ECJ je stekao prije svega zbog afirmacije doktrine strukturalnog konstitucionalizma kroz koju je oblikovao norme što skladnijeg odnosa između Zajednice i njezinih država članica. U tom kontekstu najznačajnije su presude u predmetima *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend en Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*¹⁵ te *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*¹⁶

Iz presude u predmetu *Van Gend en Loos* (1962.) proizlazi da Zajednica stvara "novi pravni poredak međunarodnog prava u čiju korist se ograničava pravo suvereniteta država članica u ograničenim područjima, a čiji subjekti nisu samo države članice, nego i njihovi državljani", odnosno da je osnivački ugovor izravno važeći na području država članica te na temelju njegovih odredbi nastaju prava i obveze i za države članice i za njihove državljane. Prema tome, sud je Ugovoru dao značaj ustavnog akta, iako je on po svim svojim karakteristikama bio međunarodni ugovor.¹⁷

Nadalje, presudom u predmetu *Costa* (1964.), ECJ je osigurao pravu Zajednice nadređen položaj nad pravom država članica, čak i onda kada je nacionalna pravna norma usvojena kasnije i unatoč njezinu eventualnom ustavnom karakteru. Temeljem tih presuda može se govoriti o konstitucionalizaciji europskog prava, jer je time na europskoj razini stvorena temeljna ustavna norma koja određuje status

¹³ Usp. Bačić, P., Konstitucionalizam i sudski aktivizam, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2010., str. 306 et passim.

¹⁴ Čl. 36. UEEZ-a: "Odredbe članaka 28. i 29. ne isključuju zabrane ili ograničenja uvoza, izvoza ili roba u tranzitu, a koja su opravdana razlozima javnog morala, javne politike ili javne sigurnosti; zaštite zdravlja i života ljudi, životinja i biljaka; zaštite nacionalnih blaga umjetničke, povijesne ili arheološke vrijednosti; ili zaštite industrijskog i trgovačkog vlasništva. Takve zabrane ili ograničenja, međutim, ne smiju biti sredstvom samovoljnog diskriminiranja ili prikrivenog ograničavanja trgovine između država članica."

¹⁵ Predmet 26/62 (1963.) ECR 1,

¹⁶ Predmet 6/64 (1964.) ECR 585,

¹⁷ Bačić, P., Konstitucionalizam i sudski aktivizam, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2010., str. 307. Usp. i Josipović, T., op. cit., str. 119-123; 124-133.

svih ostalih pravnih normi unutar pravnog poretka.¹⁸ Dakle, sudski aktivizam Europskog suda jasno se ogleda u činjenici da države članice nisu predvidjele ni supremaciju prava Zajednice ni njegov izravni učinak (osnivačkih ugovora ili direktiva). Načela supremacije prava Zajednice i izravnog učinka čista su kreacija sudaca ECJ-a.¹⁹

Prema tome, Europski sud je praktično od samog utemeljenja kroz svoj *case-law* odstupao od uloge koja mu je predviđena osnivačkim ugovorima. Osnivački ugovori su svojim nedorečenostima i prazninama zapravo nužno zahtijevali diskrecijsko djelovanje sudaca ECJ-a, a oni su takvu ulogu spremno prihvatili, što je tu instituciju postavilo u središte integracijskog procesa.²⁰ Namjera nam je u daljnjim dijelovima rada pokazati da je ECJ aktivistički smjer djelovanja slijedio i u slučajevima po pitanju slobode kretanja radnika. U pitanju je pravo koje je dio slobode kretanja osoba i svrstava se među temeljna načela Europske unije te je jedna od četiri slobode unutarnjeg tržišta. Sloboda kretanja radnika uobičajeno je povezana s nizom pitanja kao što su: sloboda kretanja i boravka tijekom zaposlenja u drugoj državi članici, prava iz socijalne sigurnosti, uzajamno priznavanje kvalifikacija, građanska prava i državljanstvo Europske unije.²¹

3. EUROPSKI SUD I SLOBODA KRETANJA RADNIKA – SUDSKI AKTIVIZAM NA DJELU?

Stvaranje Europske zajednice temeljilo se prvenstveno na promicanju ekonomske integracije.²² Pravo osoba na slobodno kretanje iz jedne države članice u drugu integralni je dio tog procesa i jedna je od prepoznatljivih karakteristika zajedničkog tržišta, te je već čl. 3.1(c) UEZ-a u tom smislu predviđao obvezu država članica da "uklone prepreke slobodnom kretanju... osoba". No, izvorne odredbe Rimskog ugovora zapravo nisu osiguravale generalno pravo na slobodu kretanja. Kako bi ostvarila to pravo, osoba je kumulativno morala ispuniti dva uvjeta: prvo, da je državljanin države članice, te drugo, da je uključena u određenu ekonomsku aktivnost.²³

¹⁸ Čapeta, T. & Rodin, S., *Osnove prava Europske unije*, Zagreb, 2009., str. 31.

¹⁹ Bačić, P., *Konstitucionalizam i sudski aktivizam*, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2010., str. 321 et passim.

²⁰ O tome piše A. Stone Sweet, koji Rimski ugovor shvaća kao "nepotpuni ustav" koji stvara stanje normativne neizvjesnosti te time otvara prostor za delegaciju diskrecije sucima u kojem je autoritet ECJ-a djelovao gotovo neograničeno. Opširnije vidi u Bačić, P., op. cit., str. 300-302.

²¹ Kapural, M.: *Sloboda kretanja radnika u proširenoj Europskoj uniji i njezin utjecaj na Hrvatsku – poglavlje 4. Pridruživanje Hrvatske Europskoj uniji: Ususret izazovima pregovara; treći svezak; Institut za javne financije, Zaklada Friedrich Ebert, Zagreb, 2005., str. 84.*

²² Vidi Bačić, A. & Bačić, P., *Europsko pravo – studijski izvori*, Pravni fakultet, Split, str. 297.

²³ Usp. Barnard, C., *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2007., p. 249.

3.1. Pojam "radnik".

Za definiranje slobode kretanja radnika, ključan je pojam „radnik“. Članak 45., st. 1. UFEU-a (ex čl. 39. UEZ-a) glasi: „Unutar Unije bit će osigurana sloboda kretanja radnika.“ No, sam pojam radnika nije definiran primarnim pravom Europske unije, kao ni sekundarnim europskim pravom; to je učinio Europski sud u svojim presudama. Pritom je ECJ, što ćemo ilustrirati kratkim pregledom sudske prakse, inzistirao na tome da se na razini Zajednice pojam definira široko i na objektivnim kriterijima koji će osigurati uniformnu interpretaciju u državama članicama.²⁴

Prva presuda koja je ključna za definiranje pojma radnika i imala je utjecaj na daljnji *case law* jest ona u predmetu *Mrs. M.K.H.Hoekstra (nee Unger) v. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten* (1964.).²⁵ U tom je predmetu ECJ zaključio da se nacionalnim zakonodavstvima ne ostavlja mogućnost definiranja pojma radnika, već je to pitanje u isključivoj nadležnosti Europske unije. Slijedom toga, Europski sud je isključivo zadržao pravo određivanja pojma radnika, kao i ostalih pojmova u svezi s radom, a ključnih za utvrđivanje dosega slobode kretanja radnika.

U presudi *Levin v. Staatssecretaris van Justitie* (1982.)²⁶ Sud ne pravi razliku između radnika u nepunom i punom radnom vremenu. Naime, i radnici zaposleni na nepuno radno vrijeme (tzv. *part time* ili honorarni radnici) ulaze pod pojam radnika, odnosno uživaju pogodnosti koje sa sobom nosi jamstvo slobode kretanja radnika.²⁷ Važno je da posao koji obavljaju predstavlja učinkovitu i pravu ekonomsku djelatnost (*effective and genuine activity*), odnosno da nisu u pitanju popratna i pomoćna aktivnost. Nadalje, kako razvidno proizlazi iz presude *R.H. Kempf v. Staatssecretaris van Justitie* (1986.),²⁸ u pojam radnika ulaze i oni zaposlenici s nepunim radnim vremenom koji ne zarađuju dovoljno za egzistenciju te za svoje uzdržavanje trebaju i određenu socijalnu pomoć (u konkretnom slučaju bila je riječ o socijalnom i zdravstvenom osiguranju).

Iz presude u predmetu *Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg* (1986.),²⁹ gdje je bila riječ o slučaju učiteljice pripravnice – britanske državljanke koja je tražila obavljanje pripravničkog staža u Njemačkoj, razvidno je da je potrebno ispunjavanje triju kriterija za postojanje radnog odnosa: da se radi o obavljanju posla po napucima i pod nadzorom poslodavca (u ovom slučaju školskih vlasti), da posao koji se obavlja predstavlja ekonomsku aktivnost (konkretno je bila riječ o poslu podučavanja), te da se za obavljeni posao

²⁴ Barnard, C., op. cit., str. 287.

²⁵ Predmet 75/63 (1964.) ECR 177.

²⁶ Predmet 53/81 (1982.) ECR 1035.

²⁷ Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., Temeljne gospodarske slobode u Europskoj uniji, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2011., str. 120.

²⁸ Predmet 139/85 (1986.) ECR 1741.

²⁹ Predmet 66/85 (1986.) ECR 2121.

dobiva novčana naknada tj. plaća.³⁰ Za postojanje radnog odnosa bitno je, dakle, postojanje odnosa subordinacije i naplativost. Istovremeno, nije presudna forma tj. ugovor o radu. U predmetu *Steymann v. Staatssecretaris van Justitie* (1988.)³¹ ECJ je razmotrio pitanje primanja naknade za rad. Riječ je bila o njemačkom državljaninu U. Steymannu koji je u Nizozemskoj za jednu vjersku zajednicu obavljao vodoinstalaterske i slične poslove, no za to nije primao plaću već su mu bile osigurane sve materijalne potrebe (smještaj, prehrana, kao i sitni džeparac). U presudi je zaključeno da je za radni odnos bitno postojanje ekonomske i socijalne dimenzije, odnosno postojanje radnog odnosa neovisno o visini naknade – plaće (odnosno bez obzira prima li plaću u novcu ili u naravi), te je potvrđeno da je Steymann radnik, što mu je u konačnici omogućilo i dobivanje boravišne dozvole.³² S druge strane, u predmetu *I. Betray v. Staatssecretaris van Justice* (1989.)³³ ECJ je zaključio da rehabilitacija i terapija (ovdje u sklopu rehabilitacijskog programa za ovisnike i u funkciji rehabilitacije ovisnika) ne predstavljaju učinkovitu i pravu gospodarsku i radnopravnu djelatnost koja bi se mogla podvesti pod odredbu o slobodi kretanja radnika.³⁴

Temeljem presude *The Queen v. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desideius Antonissen* (1991.),³⁵ u kojoj se analizira pitanje slobode kretanja, dodatno je proširen pojam radnika i to (pod određenim uvjetima) na osobe koje su tražitelji zaposlenja, što je vidljivo iz paragrafa 22. presude:

"..nije protivno odredbama prava Zajednice o slobodi kretanja radnika da zakonodavstvo države članice predviđa da se državljanina druge države članice koji je ušao u prvu državu kako bi tražio zaposlenje može tražiti da napusti teritorij te države (uz mogućnost žalbe) ako on nije pronašao zaposlenje nakon šest mjeseci, osim ako osoba o kojoj se radi ne pruži dokaze da nastavlja tražiti zaposlenje i da ima istinske šanse zaposliti se".³⁶

Posao ne treba biti čest i zagarantiran – osobito se to odnosi na radnika po pozivu (*on-call worker*) o kojemu, primjerice, govori presuda *Raulin v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen* (1992.).³⁷ Usluge koje pojedinac obavlja mogu biti povremenog karaktera, ali će se isti smatrati radnikom jer i povremeno obavlja poslove za poslodavca kojemu stoji na raspolaganju ukoliko ga pozove na rad. U presudi *Andrea Raccanelli v. Max-Planck-Gesellschaft zur Forderung*

³⁰ Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 124.

³¹ Predmet 196/87 (1988.) ECR 6159.

³² Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 125.

³³ Predmet 344/87 (1989.) ECR 1621.

³⁴ Slično i u kasnijoj presudi *Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles CAPS* (2004.) predmet 456/02 (2004.) ECR I-7573 Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 126.

³⁵ Predmet 292/89 (1991.) ECR I-745.

³⁶ U presudi *Brain Francis Collins v. Secretary of state for Work and Pensions* (2004.) paragraf 27. Sud podsjeća da je "također utvrdio da se radnicima migrantima garantiraju određena prava vezana uz status radnika, čak i kada oni više nisu u radnom odnosu." Navedeno sud je prethodno ustvrdio u ranijim presudama, jedna od njih *Commision v. French Republic* (1998.).

³⁷ Predmet 357/89 (1992.) ECR I-1027.

der Wissenschaft eV (2008.)³⁸ utvrđuje se da i istraživač stipendist koji priprema doktorat, pod određenim uvjetima koje će procijeniti nacionalni sud, potpada pod pojam radnik. Bitno svojstvo radnog odnosa je pritom, kao što je već potvrđeno u sudskoj praksi, da za određeno vremensko razdoblje osoba obavlja usluge za i pod vodstvom druge osobe u zamjenu za što prima naknadu (par. 33).³⁹

Prema tome, ono što razvidno proizlazi iz pregleda sudske prakse jest to da ECJ dosljedno tumači pojam radnika široko, te se isti može definirati u smislu „... osobe koja preuzima određeni posao koji obavlja pod nadzorom druge osobe i za koji je plaćena“.⁴⁰ Nadalje, radnik mora obavljati "ekonomske aktivnosti na učinkovit i stvaran način uz isključenje onih malog značaja da se slijedom toga tretiraju kao isključivo beznačajne i sekundarne".⁴¹ Konačno, može se zaključiti da su značajke koje su za pojam radnika dane u presudama Europskog suda sljedeće – obavljanje poslova (određene činidbe kao sadržaj posla), za poslodavca, tijekom određenog vremenskog perioda, dok su sa strane poslodavca – isplaćivanje novčane protučinidbe (plaće), koja je predviđena.⁴²

Dakako, u praksi se i dalje pojavljuju dvojbe pri definiranju pojma radnika, posebno u nekonvencionalnim slučajevima. Dobar primjer je noviji slučaj pred Europskim sudom *Dita Danosa v. LKB Lizings SIA* (2010.)⁴³ u kojem je, između ostaloga, postavljeno pitanje: može li se član uprave društva kapitala smatrati pokrivenim konceptom „radnika“ u pravu EU?⁴⁴ U potrazi za odgovorom na ovo pitanje, a u slučaju se radi o otkazu trudnici koja je bila član uprave društva kapitala, Europski sud je zazuzeo stajalište da je na nacionalnom sudu utvrditi sljedeće činjenice: je li član uprave koji radi za društvo kapitala sastavni dio trgovačkog društva, radi li član uprave određeno radno vrijeme prema uputama i pod nadzorom drugog organa trgovačkog društva, te prima li zauzvrat plaću? Ako nacionalni sud utvrdi navedene činjenice, članicu uprave treba za potrebe Direktive 92/85/EEZ smatrati radnicom.⁴⁵

³⁸ Predmet C-94/07 (2008.) ECR I-5939.

³⁹ U tom smislu, mora se primijetiti i kako Sud dosljedno smatra da pojam "radnika" u smislu članka 39. EZ-a ima određeno Zajednici specifično značenje i ne smije se usko tumačiti. Svaka osoba koja provodi aktivnosti koje su stvarne i prave, uz isključenje aktivnosti koje su na takvoj razini da se mogu smatrati isključivo marginalnima i pomoćnima, mora se smatrati 'radnikom'.

⁴⁰ Čeh Časni, A.; Analiza slobode kretanja radnika na području proširene EU uporabom odabranih statističkih metoda, Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu, godina 5., 2007., str. 101.

⁴¹ Bilić, A. & Smokvina, V., Ugovori između profesionalnih nogometaša, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, br. 4, 2012., str. 839-840.

⁴² Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 120.

⁴³ Predmet C-232/09 (2010.) ECR I-11405.

⁴⁴ Gregurev, I. & Ceronja, P., Opoziv imenovanja trudne članice uprave društava kapitala – spolna diskriminacija; Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 61, No. 6., 2011., str. 1883.

⁴⁵ *Ibid.*, str. 1885.

3.2. Sloboda kretanja radnika i primarno pravo.

Nakon što u st. 1. propisuje slobodu kretanju radnika, članak 45. UFEU-a (ex čl. 39. UEZ-a) u stavku 2. zabranjuje svaku diskriminaciju u pogledu zapošljavanja, zarade (plaće i ostalih primanja) te ostalih uvjeta rada: "Takvo slobodno kretanje podrazumijeva ukidanje svake diskriminacije između radnika država članica na temelju državljanstva u pogledu zapošljavanja, zarade, te ostalih uvjeta rada". Dakle, Ugovor zabranjuje diskriminaciju na temelju državljanstva, tj. takvu diskriminaciju koja je utemeljena na "državljanskoj pripadnosti različitoj od državljanstva države koja diskriminaciju provodi".⁴⁶ Diskriminacija se najčešće javlja kao izravna i neizravna diskriminacija, pri čemu izravna diskriminacija postoji u slučajevima kada se prema građanima Unije (stranim radnicima) nejednako postupa jer se na iste ili slične situacije primjenjuju različite mjere koje su pritom u pravilu manje pogodne od onih koje se primjenjuju na domaće državljane. Međutim, Ugovor zabranjuje samo takvu (izravnu, otvorenu) diskriminaciju, dok o mogućim drugim oblicima diskriminacije, zasnovanim na kriterijima različitim od državljanstva, šuti.⁴⁷ Ilustrirat ćemo kako je Europski sud svojim aktivističkim pristupom definirao izravnu i neizravnu diskriminaciju tj. precizirao kriterije nejednakog postupanja, a sve u smislu širenja dosega slobode kretanja radnika i zaštite njihovih prava.

Primjer izravne diskriminacije dan je kroz presudu *Union Royale Belge des Societes de Football Association (Asbl) and Others v. Jean-Marc Bosman* (1995.)⁴⁸ u kojem je slučaju radnik migrant stavljen u nepovoljniji ili lošiji položaj u odnosu na radnika koji je državljanin te države članice. U ovom poznatom predmetu bila je riječ o belgijskom nogometašu koji je želio ostvariti transfer iz belgijskog u francuski klub, no to mu na temelju specifičnih pravila kojima su bili uređeni nogometni transferi nije bilo dopušteno. ECJ je pak utvrdio da su u odnosu na Bosmana prekršena jamstva slobode kretanja i zabrane diskriminacije iz čl. 39. EUZ-a, odnosno da su sporne mjere bilo izravno diskriminatorne.⁴⁹ Presuda *Bosman* je također bitna jer je nedvojbeno utvrđeno da se sloboda kretanja radnika odnosi i na sportaše, odnosno da su i sportaši radnici sa svojim pravima i obvezama.⁵⁰ Sportskom problematikom (u dijelu u kojem je povezana s ekonomskom aktivnošću) bave se i neke ranije presude npr. *Walrave & Koch v. Association Union Cycliste Internationale* (1974.)⁵¹ po kojoj odredbe osnivačkih

⁴⁶ Arbutina, H.: Porezni izdaci u kontekstu presuda Europskog suda: Aspekti oporezivanja dohotka i dobiti; Institut za javne financije, Zbornik radova s konferencije: Skrivena javna potrošnja i budućnost poreznih izdataka, veljača 2012., str. 199.

⁴⁷ Arbutina, H., ibidem; Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 132.

⁴⁸ Predmet C-415/93 (1995.) ECR I-4921.

⁴⁹ Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 134. Sud se pozvao i na čl. 4., st. 1. Uredbe 1612/68 prema kojem se odredbe nacionalnog prava koje ograničavaju, po broju ili postotku zapošljavanja stranih državljana u bilo kojem poduzeću, ne primjenjuju na državljane drugih članica.

⁵⁰ Vidi Bilić, A., op. cit., str.

⁵¹ Predmet 36/74 (1974.) ECR 1405.

ugovora imaju, uz vertikalni, i horizontalni učinak. Uz to, potvrđuje se i bezuvjetna zabrana svake diskriminacije na temelju državljanstva.⁵²

Sud je u ranijim svojim presudama suzbijao samo otvorenu (na državljanstvu utemeljenu) diskriminaciju, a tek od slučaja *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost* (1974.)⁵³ u svojim odlukama intervenira i protiv prikrivene diskriminacije. Upravo je, naime, u toj presudi ECJ utvrdio da "pravila koja se odnose na jednako postupanje zabranjuju ne samo otvorenu diskriminaciju zasnovanu na državljanскоj pripadnosti... nego i sve oblike prikrivene diskriminacije koja putem primjene drugih kriterija razlikovanja ima za posljedicu iste učinke" (par. 11).⁵⁴ Neizravna diskriminacija postoji kada norme koje su prividno neutralne (glede državljanstva) u primjeni imaju nepovoljniji učinak na članove određene grupe (strane državljanke). Dakle, neizravna diskriminacija fokusira se na efekt određene mjere.⁵⁵ U predmetu *Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v. Salvatore Ugliola* (1969.)⁵⁶ tako se utvrđuje da je zakonska odredba njemačkog Zakona o zaštiti radnih mjesta utoliko ništetna što isključuje uračunavanje vojnih rokova europskih radnika koji rade u nekoj drugoj državi članici. Sud je našao kako je to pravilo neizravno diskriminatorno, jer je više utjecalo na strance koji rade u Njemačkoj, a za koje je vjerojatnije da su svoju vojnu obvezu ispunili u državi svoga podrijetla.⁵⁷ U predmetu *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* (2000.)⁵⁸ talijanskom je državljaninu nastanjenom u Austriji banka sa sjedištem u Bolzanu (Italija) uskratila mogućnost sudjelovanja u natječaju zbog neposjedovanja certifikata o poznavanju dvaju jezika. Gospodin Angonese je, doduše, priložio jednu takvu potvrdu, no banka je inzistirala na certifikatu izdanom na temelju ispita koji se provodio isključivo u Bolzanu. ECJ je u presudi takav uvjet proglasio neproporcionalnim, posebno u odnosu na ekvivalentne certifikate izdane u drugim državama članicama, te je utvrdio da se zahtijevanje posebnih kvalifikacija ili dozvola u slučaju kretanja radi pružanja usluga može smatrati neizravnom diskriminacijom jer najprije takvim radnicima predstavljaju dvostruko opterećenje.⁵⁹ Po presudi *John O'Flynn v. Adjudication Officer* (1996.),⁶⁰ odredbe su diskriminatorne ukoliko utječu na radnike migrante više nego na tuzemne

⁵² Dobar primjer je i presuda *Pilar Allue and Carmel Mary Connan v. Univesita degli Studi di Venezia* po kojoj nacionalno zakonodavstvo uvodi ograničenja koja ne vrijede za domaće državljanke. Predmet 33/88 (1989.) ECR 1591.

⁵³ Predmet 152/73 (1974.) ECR 153.

⁵⁴ Vidi Arbutina, H., *ibid.*, koji naglašava, pozivajući se pritom na Staringera i Schneeweissa, da je konkretnom presudom "otvorena mogućnost borbe protiv nejednakog postupanja u poreznim stvarima, jer niti jedna od država članica ne definira obuhvat porezne obveze temeljem državljanstva poreznog obveznika, nego temeljem koncepta rezidentnosti".

⁵⁵ Usp. Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., *op. cit.*, str. 134. Vidi Barnard, C., *op. cit.*, p. 292.

⁵⁶ Predmet 15/69 (1969.) ECR 363.

⁵⁷ Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., *op. cit.*, str. 140.

⁵⁸ Predmet C-281/98 (2000.) ECR I-4139.

⁵⁹ Barnard, C., *op. cit.*, str. 293; Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., *op. cit.*, str. 138.

⁶⁰ Predmet C-237/94 (1996.) ECR I-2617.

radnike i ukoliko postoji rizik da će takva odredba staviti radnika migranta u posebno nepovoljni položaj.⁶¹ U presudi *Ingetraut Scholz v. Opera Universitaria di Cagliari and Cinzia Porcedda* (1994.)⁶² Sud je nepriznavanje radnog iskustva stečenog u javnoj službi jedne države članice od strane poslodavca u drugoj državi članici u smislu čl. 45. UFEU-a proglasio neizravnom diskriminacijom.

S druge strane, u važnoj presudi *Volker Graf v. Filzmoser Maschinenbau GmbH* (2000.)⁶³ ECJ je presudio da one mjere koje znatno ne sprečavaju ili ometaju slobodan pristup tržištu, ne ulaze u obuhvat čl. 45. UFEU-a.⁶⁴ Navedena presuda mogla bi imati veliko praktično značenje u hrvatskom pravosuđu i to u smislu smjernice sucima u slučaju dvojbe da li određena nacionalna mjera stvara prepreku slobodnom kretanju radnika ili ne. U predmetu *Gerhard Köbler v. Republik Österreich* (2003.)⁶⁵ sud je utvrdio da austrijski model povećanja trajanja radnog staža, odnosno dodatka na radni staž (riječ je konkretno bila o novčanom dodatku koji je pripadao sveučilišnim profesorima koji su najmanje 15 godina radili na austrijskim sveučilištima, dok se istovremeno rad na sveučilištima izvan Austrije nije priznavao) ometa i sprečava slobodu kretanja radnika, prvenstveno jer djeluje na štetu radnika migranata, pa predstavlja neizravnu diskriminaciju.⁶⁶ Sličan slučaj je i *Kaliopé Schoning-Kougebetopoulou v. freie und Hansestadt Hamburg* (1998.)⁶⁷ po kojoj presudi kolektivni ugovor koji predviđa unapređenje na osnovi duljine radnog staža, ali koji ne uzima u obzir radni staž stečen u drugoj državi članici, ide na štetu radnicima migrantima i suprotan je čl. 39. UEZ-a.⁶⁸

Sloboda kretanja radnika sukladno stavku 2. čl. 45. UFEU-a (ex čl. 39. UEZ-a) predviđa da se tražiteljima posla jamči dostupnost suverenog teritorija države članice, te da dostupnost ne smije biti otežana „opterećujućim upravnim postupkom“.⁶⁹ Neki od primjera postupanja ECJ-a dani su u sljedećim presudama: *Commission v. Belgium* (1989.)⁷⁰ po kojoj postoji pravo kretanja europskih posloprimaca nezavisno od predočenja određene identifikacijske isprave. Kontrola takvih radnika protivna je slobodi kretanja radnika „ako je svojevoljno ili na nepotrebno opterećujući način sprovedena“;⁷¹ u *Rush Portuguesa Lda v. Office national d'immigration* (1990.)⁷² Europski sud je utvrdio da francuska tijela vlasti

⁶¹ Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 135.

⁶² Predmet C-419/92 (1994.) ECR I-505.

⁶³ Predmet C-190/98 (2000.) ECR I-493.

⁶⁴ Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 139.

⁶⁵ Predmet C-224/01 (2003.) ECR I-10239.

⁶⁶ Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 140.

⁶⁷ Predmet C-15/96 (1998.) ECR I-47.

⁶⁸ Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 142.

⁶⁹ Ibid., str. 126.

⁷⁰ Predmet 321/87 (1989.) ECR 997.

⁷¹ Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 127.

⁷² Predmet C-113/89 (1990.) ECR I-1417.

ne smiju portugalskim radnicima, kojima i ne treba radna dozvola, niti zabraniti niti ometati ulazak u državu.⁷³

Sloboda kretanja radnika, sukladno stavku 3. čl. 45. UFEU-a (ex čl. 39. UEZ-a), uz iznimku opravdanih ograničenja, uključuje: prihvaćanje stvarnih ponuda zasnivanja radnog odnosa; slobodno kretanje unutar područja država članica radi zapošljavanja; boravak u državi članici radi zapošljavanja sukladno odredbama o zapošljavanju državljana te države sadržanim u zakonima, uredbama i upravnim propisima; zadržavanje na području države članice nakon prestanka zaposlenja u toj državi, pod uvjetima sadržanima u EU-propisima. ECJ je, nadalje, kroz *case law* radnicima priznao prava, derivirana iz Ugovora, na napuštanje njihove matične države, te ulazak na teritorij druge države članice gdje mogu ostvariti pravo na boravak i zaposlenje.⁷⁴

No, sloboda kretanja radnika može biti i ograničena i to razlozima javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja (čl. 39., st. 3. UEZ-a). Nadalje, u st. 4. istoga članka predviđeno je da se "odredbe ovog članka ne primjenjuju na zapošljavanje u javnim službama". Navodimo sljedeće presude kao primjere pristupa suda ovim pitanjima. Prema presudi *Anita Groener v. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee* (1989.)⁷⁵ načelo jednakog postupanja ne primjenjuje se iz razloga zaštite javnoga poretka, javne sigurnosti i javnog zdravlja pa je prema tome u konkretnom slučaju zahtijevanje poznavanja jezika za određeno radno mjesto opravdana mjera u smislu čl. 45. UFEU-a. Inače, prva presuda u kojoj je zbog zaštite javnog poretka odbijen zahtjev za boravak u drugoj zemlji članici, odnosno dozvoljeno je ograničenje slobode kretanja radnika, jest presuda *Yvonne van Duyn v. Home Office* (1974.).⁷⁶ Naime, nizozemska državljanica namjeravala se zaposliti u britanskoj školi koju je vodila Scijentološka crkva. Britanske su vlasti, međutim, smatrale Scijentološku crkvu društveno štetnom, a njezine aktivnosti suprotne javnom poretku. Zbog toga je gospođi Van Duyn uskraćen ulazak u Britaniju, na što se ona žalila, pozivajući se upravo na čl. 39. UEZ-a. U iscrpnom obrazloženju, ECJ je utvrdio kako je "radi zaštite javnog poretka moguće da država ograniči slobodu kretanja radnika državljanima drugih država članica, premda nije propisala ista takva ograničenja za vlastite državljane".⁷⁷

⁷³ Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 128.

⁷⁴ Vidi Barnard, C., op. cit., str. 290.

⁷⁵ Predmet 379/87 (1989.) ECR 3967.

⁷⁶ Predmet 41/74 (1974.), ECR 1337.

⁷⁷ Usp. Josipović, T., Načela europskog prava u presudama Suda EZ, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 174-175. U presudama *Régina v. Pierre Bouchereau*30/77 (1977.), ECR 199 i *Rutili v. Minister for the Interior* predmet 36/75 (1975.), ECR 1219, sud je zauzeo stav da je izuzetak ili ograničenje u pogledu kretanja unutar državnih granica moguće jedino ako držanje ili ponašanje osobe predstavlja pravu i ozbiljnu prijetnju po javni poredak; poznata je i presuda o dvjema francuskim prostitutkama za rad u Belgiji *Adoui & Cornauille v. Belgium* spojeni predmeti 115&116/81 (1982.), ECR 1665, u kojoj je smanjen stupanj autonomije državama članicama u tumačenju odredbi koje se odnose na javni poredak. Obradović, G. & Jevtić, M., Značajni aspekti radnog prava Evropske unije, Fondacija Fridrih Ebert, prosinac 2008., str. 24.

Nadalje, ograničenje načela slobode kretanja radnika i zabrane diskriminacije nije u svim slučajevima zajamčeno tek pozivanjem na razloge njihovog isključenja koje predviđa čl. 45. O tome je sud jasno zauzeo stajalište u predmetu *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española v. Administración del Estado* (2003.)⁷⁸ u kojem je Španjolska zakonom rezervirala poslove kapetana i prvoga časnika samo za španjolske državljane, opravdavajući to time da je u pitanju javna služba te da isti imaju i javne ovlasti (bilježnika, matičara, etc.). Sud je u paragrafu 44. presude istaknuo doseg ograničenja slobode kretanja radnika:

"... pozivanje na iznimku od slobode kretanja radnika koju propisuje čl. 39(4) EZ-a ne može se opravdati samo na osnovi da su prava, koja se obnašaju temeljem ovlasti koje dodjeljuje javno pravo, nositeljima spomenutih dužnosti dodijeljena nacionalnim pravom. Pored toga potrebno je da se takva prava zbiljski koriste na redovnoj osnovi od strane onih kojima su dodijeljena, te da ne predstavljaju tek mali dio njihovih aktivnosti... doseg te iznimke mora se ograničiti na ono što je strogo nužno za zaštitu općeg interesa države članice o kojoj je riječ, a taj interes ne može biti ugrožen ukoliko ovlasti koje su dodijeljene temeljem javnog prava, a koje se koriste tek sporadično, čak i iznimno, imaju državljani drugih država članica".⁷⁹

Konačno, sam pojam javne uprave (službe) o kojemu govori čl. 45., st. 4. UFEU-a zbog nejednakog je tumačenja Sud pojašnjavao u više navrata. U predmetu *Commission v. Belgium* (1980.)⁸⁰ Komisija je smatrala da je neophodno zaposlenje u državnim službama tretirati onako kako ga tretira zakon Zajednice, jer bi u protivnom države članice mogle po svom nahođenju jednostranom definicijom pojma ugroziti primjenu načela o slobodnom kretanju radnika.⁸¹ Sud je zatim precizirao da se javnim službama mogu smatrati ona radna mjesta koja obuhvaćaju izravno ili neizravno sudjelovanje u izvršavanju ovlasti koje dodjeljuje javno pravo i kojima se čuvaju opći interesi države i drugih javnih vlasti. Sud je također utvrdio da takva radna mjesta podrazumijevaju privrženost državi te ih najbolje mogu obavljati državljani određene države, no zbog tendencije država članica da to tumačenje zlorabe u različitim je predmetima zauzimao restriktivno stajalište (*Commission v. France* 307/84, 1986., etc.).⁸²

3.3. Sloboda kretanja radnika i sekundarno pravo.

Osim relevantnim odredbama primarnog prava (UFEU), sloboda kretanja radnika regulirana je i uredbama i direktivama, odnosno sekundarnim pravom Europske unije. U tom su smislu prava zajamčena osnivačkim ugovorom razrađena sljedećim propisima: Direktiva Vijeća 68/360 EEZ o ukidanju

⁷⁸ Predmet C-405/01 (2003.) ECR I – 10391.

⁷⁹ Predmet C-405/01 (2003.) ECR I – 10391 par. 44.

⁸⁰ Predmet 149/79 (1980.), ECR 3881.

⁸¹ Obradović, G. & Jevtić, M., op. cit., str. 24.

⁸² Usp. Bačić, A. & Bačić, P., op. cit., str. 311.

ograničenja u pogledu ulaska i boravka u državi članici za radnike i članove njihove obitelji; Uredba Vijeća 1251/70 o pravu na ostanak u državi članici po okončanju zaposlenja; Uredba Vijeća 1612/68 o slobodi kretanja radnika unutar Zajednice, koju zamjenjuje Uredba Europskog parlamenta i Vijeća 492/2011 o slobodi kretanja radnika unutar Unije; Uredba Vijeća 1408/71 o primjeni sustava socijalne sigurnosti na radnike i samozaposlene osobe, kao i na članove njihove obitelji koji se kreću na području Zajednice – sada Uredba Europskog parlamenta i Vijeća 882/2004 o koordinaciji sustava socijalne sigurnosti; Direktiva 2004/38/EZ o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji na slobodno kretanje i boravak na teritoriju država članica; Direktiva 2005/36/EZ o priznavanju profesionalnih kvalifikacija;⁸³ nadalje, Direktiva 77/486/EEZ o obrazovanju djece radnika migranata, kao i Direktiva 98/48/EC o zaštiti dodatnih mirovinskih prava.

Europski sud pritom osobito pazi kako su države članice inkorporirale određenu direktivu u nacionalno zakonodavstvo, odnosno je li u suglasju s dosegom slobode kretanje radnika. Dalje ilustriramo navedeno navođenjem nekih od brojnih relevantnih presuda. U predmetu *Anita Christini v. Société nationale des chemins de fer français (1975.)*⁸⁴ ECJ je protumačio doseg čl. 7(2) Uredbe 1612/68 glede socijalnih i poreznih prednosti radnika, važne odredbe koju je Sud učestalo tumačio. Udovica talijanskog radnika u Francuskoj tvrdila je da joj navedena odredba daje pravo na povlaštenu obiteljsku željezničku kartu, dok je druga strana ustrajala u tumačenju da su povlastice isključivo vezane uz osobu i status radnika. ECJ je, međutim, utvrdio da se načela jednakog postupanja i zabrane diskriminacije na isti način odnose i na radnike i na članove njihovih obitelji, te posebno da se radnicima migrantima i članovima njihovih obitelji moraju dati iste olakšice kao i domaćim državljanima. Presudom *Carmela Castelli v Office National des Pensions pour Travailleurs Salariés – ONPTS (1984.)*⁸⁵ ECJ utvrđuje da se načelo jednakog postupanja mora poštovati i u slučaju socijalnih pogodnosti (ovdje je bila riječ o mirovini), odnosno da je isto načelo usmjereno na suzbijanje diskriminacije protiv članova obitelji koje radnik uzdržava.⁸⁶ Također, donošenjem Direktive 2004/38/EZ,⁸⁷ predviđeno je da građani Europske unije i članovi njihovih obitelji s pravom boravka i pravom trajnog boravka uživaju

⁸³ Usp. Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 121-122.

⁸⁴ Predmet 32/75 (1975.) ECR 1085.

⁸⁵ Predmet 261/83 (1984.) ECR 3199.

⁸⁶ Usp. i opširnije vidi u Bačić, A. & Bačić, P., op. cit., str. 317-318. Nadalje, prema presudi u spojenim predmetima *Morson i Jhanjan 35-36/82* (1982.) ECR 3723 direktiva 90/364/EEZ o dozvoli boravka propisuje isti krug osoba, ali uvodi ograničenja u čl. 1., st. 2. glede zdravstvenog osiguranja i egzistencijalnog minimuma, a to znači da se osobe u državi prijema ne mogu pozivati na traženje socijalnih prestacija. Usp. Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 150. Nadalje, po presudi *Finanzamt Köln-Altstadt v. Roland Schumacker 279/93* (1995.) ECR I-225 sukladno Uredbi Vijeća 1612/68, radnici migranti uživaju i određene društvene i porezne pogodnosti, kao i domaći radnici. Obradović, G. & Jevtić, M., op. cit., str. 14.

⁸⁷ Direktiva 2004/38/EZ o pravima građana Unije i članova njihovih obitelji na slobodno kretanje i boravak također daje pravo članovima obitelji da zadrže boravište u državi domaćinu nakon smrti ili odlaska građanina EU-a ili u slučaju razvoda, poništenja braka ili prestanka registrirane izvanbračne zajednice.

pravo na jednako postupanje kao i državljani države domaćina u područjima koje pokriva Ugovor.⁸⁸

Tumačenje čl. 7. Uredbe 1612/68 koji jamči pravo na obrazovanje radnicima i njihovoj djeci, omogućilo je, primjerice, i proširivanje prava na obrazovanje na studente. U slučajevima *Gravier v. Citi of Liege (1985.)*⁸⁹ i *Blairot v. Universite de Liege and Others (1988.)*,⁹⁰ migrantima se priznaje pravo na ostvarivanje i društvenih pogodnosti, u ovim slučajevima pravo na obuku u stručnim školama, kasnije i na sveučilištima, kao i domaćim radnicima. U predmetu *Baumbast and R v. Secretary of State for the Home Department (2002.)*⁹¹ Sud je pojasnio kako zabrana djetetu građanina EU za nastavak obrazovanja u državi domaćinu može odvratiti toga građanina od uživanja prava na slobodu kretanja koje predviđa čl. 39. UEZ-a te stvoriti prepreku efektivnom uživanju slobode koja je zajamčena Ugovorom.⁹² Presuda je imala utjecaje na naknadne presude *Maria Teixeira v. London Borough of Lambeth (2010.)*⁹³ i *London Borough of Harrow v. Nimco Hassan Ibrahim and Secretary of State for the Home Department (2010.)*⁹⁴ o pristupu obrazovanju djece.

Kao primjer neizravne diskriminacije, ali u svezi sa sekundarnim pravom i propustom države članice da ispuni svoju obvezu, navodimo recentnu presudu *Commission v. Germany (2009.)*⁹⁵ U presudi ECJ ističe kako je FR Njemačka propustila ispuniti svoje obveze sukladno čl. 39. UEZ-a i čl. 7.(2) Uredbe br. 1612/68 koja se odnosi na slobodu kretanja radnika.⁹⁶ Sud osobito pazi na princip nediskriminacije u svezi sa slobodom kretanja radnika, budući da je inkompatibilno slobodi kretanja radnika, kada radnik ili osoba koja traži zaposlenje u državi članici čiji nije državljanin ima lošiji tretman od onog koji bi dobio i da se nije koristio mogućnošću koje nudi Ugovor, a vezano uz slobodu kretanja radnika.⁹⁷

4. ZAKLJUČAK

Stvaranje Europske zajednice temeljilo se prije svega na promicanju ekonomske integracije. Sloboda kretanja radnika, kao jedna od četiri temeljne slobode koje predviđa Ugovor o Europskoj zajednici, predstavljala je integralni dio tog procesa

⁸⁸ Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 149.

⁸⁹ Predmet 293/85 (1985.) ECR 593.

⁹⁰ Predmet 24/86 (1988.), ECR 379.

⁹¹ Predmet C-413/99 (2002.) ECR I-7091.

⁹² Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H. & Martinović, A., op. cit., str. 111.

⁹³ Predmet C-480/08 (2010.) ECR I-1107.

⁹⁴ Predmet C-310/08 (2010.) ECR I-1065.

⁹⁵ Predmet C-269/07 (2009.) ECR I-7811.

⁹⁶ Vidi Eškinja, I., Različiti pojavnici oblici indirektna diskriminacije radnika, u Bodiroga-Vukobrat, N. et al. (ur.), Zbirka presuda Europskog suda (izbor recentne prakse), Inženjerski biro, Zagreb, 2011. str. 56-70. (vidi i Hrvatska pravna revija, siječanj 2010., str. 108-114.)

⁹⁷ Ibid, str. 69.

i jedan od uvjeta nužnih za uspjeh projekta unutarnjeg tržišta. No, interpretirajući primarno kao i sekundarno pravo Unije, posebno čl. 45. UFEU-a i čl. 7. Uredbe 1612/68, Sud je zapravo otišao mnogo dalje od tumačenja koje bi bilo dovoljno da se osigura mobilnost radnika.⁹⁸ To široko tumačenje, odnosno aktivistički pristup Suda, jasno je vidljiv u presudama vezanima za pojam radnika. Budući da člankom 45., st. 1. UFEU-a nije propisan pojam radnika, Sud je u svojim presudama dao njegovo tumačenje, inzistirajući pritom da se isti ne smije tumačiti usko – upravo suprotno, pojam radnika se zbog svojeg posebnog značenja na razini Unije mora tumačiti široko (npr. u presudi *Andrea Raccanelli v. Max-Planck-Gesellschaft zur Forderung der Wissenschaft eV*),⁹⁹ a sve u svrhu zaštite radnika (razvidno iz ostalih presuda kao npr. *Dita Danosa v. LKB Lizings SIA*).¹⁰⁰ Nadalje, Europski sud ustrajno širi doseg čl. 45. UFEU-a kao i čl. 7(2) Uredbe glede kruga osoba korisnika različitih prava i beneficija (npr. članovi obitelji radnika u presudama *Christini* i *Castelli*, etc.). Sud pritom osobito vodi računa o načelu jednakog postupanja, odnosno je li osigurano poštovanje načela nediskriminacije u pogledu radnika migranata (i članova njihovih obitelji) tako da isti nemaju lošiji tretman od domaćih radnika i da mogu uživati slobodu kretanja (npr. presuda *John O'Flynn v. Adjudication Office*).¹⁰¹

Europski sud pravde nesumnjivo je aktivistička institucija čije je djelovanje uvelike utjecalo na smjer europske integracije, prirodu prava Unije, njezinu demokratizaciju, kao i na zaštitu prava i sloboda europskih građana. No, aktivistička orijentacija Europskog suda uopće izazivala je dakako i različite kritike,¹⁰² pa tako i unutar specifičnog područja vezanog uz funkcioniranje unutarnjeg tržišta i slobodu kretanja radnika. Tumačenje relevantnih odredaba Ugovora, smatra primjerice H. DeWaele, ipak je trebalo biti umjerenije. To se posebno odnosi na tumačenje čl. 45. UFEU-a (čl. 39. UEZ-a), odnosno liberalni pristup ECJ-a konceptu 'radnika', posebno očit u predmetima *Levin* (1982.), *Kempf* (1982.), *Steymann* (1988.) i *Trojani* (2004.), a koji obuhvaćaju takve situacije u kojima se može "ozbiljno dovesti u pitanje stvarna i učinkovita priroda" konkretne ekonomske djelatnosti.¹⁰³ Ipak, uvjerenja smo kako eventualna opravdanost ove i nekih drugih kritičkih opaski ne utječe na generalnu ocjenu djelovanja Europskog suda pravde, niti njegovom aktivizmu daje negativan predznak.

⁹⁸ Usp. Barnard, C., op. cit., str. 307, koja zaključuje da se upravo u povezanom case lawu ECJ-a može uočiti "embrij onoga što je kasnije oživotvoreno kao EU građanstvo".

⁹⁹ Predmet C-94/07 (2008.) ECR I-5939.

¹⁰⁰ Predmet C-232/09 (2010.) ECR I-11405.

¹⁰¹ Predmet C-237/94 (1996.) ECR I-2617.

¹⁰² Više o tome u Bačić, P., *Konstitucionalizam i sudski aktivizam*, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2010., posebno poglavlje 4.1.1. O kritici aktivističkog pristupa Europskog suda, str. 309. – 323. Usp. i Waele de H., *The Role of the European Court of Justice in the Integration Process: A Contemporary and Normative Assessment*; *Hanse Law Review* Vol. 6., No. 1., 2010; članak dostupan na: <http://www.hanselawreview.org/pdf9/Vol6No01Art01.pdf>

¹⁰³ Waele de H., op. cit., p. 7.

Naime, s obzirom na važnu funkciju odgovornosti sudbene vlasti prema pojedincima kao članovima društva, u čiju korist i mora djelovati svaki pravosudni sustav, što istovremeno nužno zahtijeva od sudaca da ondje gdje je to neophodno nadopune nepotpune ili reformiraju defektne pravne propise čija bi primjena u praksi dovela do očitih nepravdi, orijentacija Europskog suda pravde, kao primarnog zaštitnika ljudskih prava na razini Unije koju posebno dobro ilustrira njegov *case law* povezan s radnicima, predstavlja i najbolji argument u korist sudskog aktivizma.

SHORT STUDY OF ACTIVISM THROUGH THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE CASES ON FREEDOM OF MOVEMENT FOR WORKERS

Enabling freedom of movement for workers within the European Union in order to create and strengthen internal markets and achieve important social policy goals has been one of the foundations of the European project since its very inception in 1957. Strong support in favour of such policy has enabled the activist orientation of the European Court which has through its *case law* over the course of time been particularly powerful in the development of this law and numerous other related issues. In this paper, an attempt is made to shed light on the activist position of the European Court in the specific area of freedom of movement for workers and other related concepts.

Key words: *European Court, court activism, workers, freedom of movement for workers*