

Prof. dr Violeta Beširević*

KO SE BOJI FEDERALNE EVROPE? KRITIČKI OSVRT NA „LISABONSKU“ ODLUKU SAVEZNOG USTAVNOG SUDA NEMAČKE

Apstrakt: *Konceptualizacija EU predmet je akademskih rasprava još od njenog nastanka. Već duže vreme značajan ton toj raspravi daje nemački Savezni ustavni sud, koji se često svrstava u pobornike stava o EU kao međunarodnoj organizaciji, mada je, još od Odluke o Ugovoru iz Mاستrihta, očigledno i njegovo paralelno shvatanje Unije kao saveza država (Staatenverbund). Ovaj rad se bavi „Lisabonskom“ odlukom kojom Sud nije formalno osporio ustavnost Ugovora iz Lisabona, ali u kojoj se samoinicijativno izjasnio protiv stvaranja savezne države Evrope, postavio granice evropskim integracijama i uslovio dalji opstanak EU očuvanjem dostignutih strukturalnih odnosa. U radu se analiziraju stavovi Suda o pravnoj prirodi EU, kao i tumačenje „klauzule večnosti“ iz člana 79. stav 3. Osnovnog zakona, dato u nameri uspostavljanja granica daljem procesu integracija. Anatomija sudskih argumenata, koju rad nudi, ima dvostruki cilj: prvo, da pokaže da je Sud osporio demokratski legitimitet EU polazeći od pomalo navinog shvatanja većinske demokratije kao jedine „istinske“ demokratije, zasnovane na jednakom biračkom pravu i načelu „jedno lice – jedan glas“ i drugo, da ukaže da je Sud na sebe preuzeo nedopustivu ulogu „konačnog“ kontrolora evropskih integracija, ali i kontrolora samog nemačkog naroda kao pouvoir constituant u donošenju buduće odluke o članstvu Nemačke u nekoj eventualno drugačijoj Evropskoj uniji.*

Ključne reči: EU, Ugovor iz Lisabona, međunarodna organizacija, federalizam, konfederacija, demokratija, suverenitet, demokratski deficit, ustavni identitet.

1. UVOD

„Ako želite delotvornu Evropu, morate želeći federalnu državu Evropu“, isticao je još 1949. godine jedan od tvoraca nemačkog Osnovnog zakona Karlo Šmid (*Carlo Schmid*).¹ Šezdeset godina kasnije, Savezni

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu

1 Carlo Schmid, *Deutschland und der Europäische Rat*, SCHRIFTENREIHE DES DEUTSCHEN RATES DER EUROPAISCHEN BEWEGUNG, Vol. 1 (1949), cit. prema

ustavni sud Nemačke (u daljem tekstu naizmenično: Sud), razmatrajući usklađenost Ugovora iz Lisabona sa odredbama Osnovnog zakona, ističe da EU nije federalna država, kao i da Nemačka ne bi mogla postati deo Unije koja bi se eventualno osnovala na federalnom principu, verovatno i kad bi o tome odlučio sam nemački narod kao *pouvoir constituant*. Kao glavnu prepreku tome, Sud je naveo član 79. stav 3. Osnovnog zakona, tzv. „klauzulu večnosti“ koja štiti osnovna ustavna načela, odnosno ustavni identitet od bilo kakve promene.² Učešće Nemačke u federalnoj državi naroda Evrope značilo bi, tvrdi ovaj sud, pre svega povredu demokratskog načela o slobodnim izborima (koje je izričito zaštićeno Osnovnim zakonom) ali i državnog suvereniteta, koji nije, treba odmah dodati, eksplicitni predmet ustavne zaštite.³ Tako je „klauzula večnosti“, koja zabranjuje menjanje osnovnih načela postojećeg ustavnog poretka, od klasične mere militantne demokratije usmerene ka sprečavanju pretvaranja demokratije u diktaturu, prerasla u kočničara evropskih integracija, što je u najmanju ruku diskutabilno, ako ne i sasvim pogrešno tumačenje člana 79. stav 3. Osnovnog zakona. Odgovarajući na postavljena, ali i na nepostavljena pitanja, Sud se manje bavio Ugovorom iz Lisabona a više definisanjem opštih ustavnih prepreka za dalje jačanje evropskih integracija, pošavši pri tome od jednog zamišljenog modela države koji ne funkcioniše ni u samoj Nemačkoj. Odluka je zbog toga oštro kritikovana kao primer prekoračenja institucionalne nadležnosti, glorifikovanja prevazišlog koncepta suvereniteta i povratka politike Margaret Tačer na evropsku scenu.⁴ Ali, krenimo redom.

Savezni ustavni sud Nemačke, tačnije njegov Gornji dom (Senat) u postupku ocene ustavnosti Ugovora iz Lisabona zaključio je sledeće: (1) Akt kojim se odobrava Ugovor iz Lisabona u saglasnosti je sa nemačkim Osnovnim zakonom; (2) Akt kojim su proširene i pojačane nadležnosti *Bundestaga* i *Bundesrata* u pitanjima koja se tiču Evropske unije (*Gesetz über die*

Juliane Kokott, *The Basic Law at 60 – from 1949 to 2009: The Basic Law and Supranational Integration*, (2010) 11 German Law Journal 99, str. 104, fn. 10.

2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 i 2 BvR 182/09, par. 217. i 218. Odluka je doneta 30. juna 2009. godine. U daljem tekstu: *Lisabonska odluka*.

3 *Ibid.*, par. 217.

4 Vid. br. 8 vol. 1 German Law Journal iz 2009. godine uključujući Christian Tomuschat, *The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon* i Alfred Grosser, *The Federal Constitutional Court's Lisbon Case: Germany's „Sonderweg“: An Outsider's Perspective*. Vid. i Jo Eric Khushal Murkens, *Bundesverfassungsgericht (2 Bve 2/08): „We Want Our Identity Back“ – The Revival of National Sovereignty in The German Federal Constitutional Court's Decision on the Lisbon Treaty*, (2010) Public Law, str. 530–550, kao i druge relevantne radove citirane u ovom članku.

Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union) predstavlja povredu člana 38. stav 1. u vezi sa članom 23. stav 1. Osnovnog zakona zbog toga što *Bundestagu* i *Bundesratu* nije dodeljen dovoljan stepen učešća u postupku donošenja odluka u EU i postupcima vezanim za izmenu Ugovora; (3) ratifikacioni instrument SR Nemačke, koji se odnosi na Ugovor iz Lisabona, ne može biti deponovan sve dok ne stupe na snagu propisi kojima se predviđa adekvatno pravo učešća zakonodavnih organa u procesu odlučivanja na nivou EU, a koji su propisani ustavom.⁵

Iako ovom odlukom Sud nije stao na put ratifikaciji Ugovora iz Lisabona, čija sudbina u to vreme još nije bila poznata zbog oklevanja Irske, Poljske i Češke, sama odluka mnogo je važnija zbog pitanja koja je Sud razmatrao nego zbog njenog krajnjeg rezultata. Nema mnogo primera sudskih odluka u kojima se njihovo obrazloženje toliko razlikuje od izreke kao što je to slučaj sa odlukom o kojoj je reč. U tom smislu već je primćeno da *Lisabonska* odluka odiše dozom neozbiljnosti: ako su sudije zaista mislile to što su rekle, nije trebalo da podrže Ugovor iz Lisabona.⁶ Školskim rečnikom, odluka je privukla pažnju više zbog onoga šta je Sud najavio nego zbog onoga šta je stvarno rekao.

Lisabonska odluka, napisana na 147 strana, može se čitati i tumačiti sa različitih aspekata. U suštini, Sud je razmatrao učešće Nemačke u EU sa aspekta četiri osnovna pitanja: (1) demokratskog legitimiteta EU; (2) suvereniteta države Nemačke; (3) ovlašćenja *Bundestaga* kao zakonodavnog organa; i (4) pitanja prenosa nadležnosti koje podrazumeva odlučivanje o sopstvenoj nadležnosti (*Kompetenz-Kompetenz*).

Razmatrajući navedena pitanja, Sud se upustio i u razmatranje pravne prirode EU, negirajući mogućnost Uniji da preraste u državu federalnog tipa i uslovljavajući njen dalji opstanak statusom *quo*. Ovaj rad bavi se upravo tim aspektom *Lisabonske* odluke s ciljem da ukaže na nekonzistentnost i neutemeljenost zaključaka Suda u odnosu na prirodu EU i logiku evropskih integracija. Kako ovaj aspekt *Lisabonske* odluke nije moguće razumeti bez kratkog navođenja opštih stavova o pravnoj prirodi EU, ulozi Suda u političkom životu SR Nemačke, a naročito bez ranije relevantne prakse Suda, rasprava započinje njihovim prikazom.

5 Vid. dispozitiv *Lisabonske* odluke. Za prevod sižea odluke na srpski jezik vid. Aleksandra Čavoški i Jelena Babić, *Prevod Saopštenja za štampu Saveznog ustavnog suda Nemačke od 30. juna 2009. godine povodom ocene ustavnosti Ugovora iz Lisabona*, u ovom broju, str. 197.

6 Christoph Schönberger, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones at Sea*, (2009) 10 German Law Journal 1201, str. 1202.

2. ŠTA JESTE A ŠTA NIJE EVROPSKA UNIJA?

Bilo bi nekorektno i netačno tvrditi da samo Sud (ne)zna šta jeste a šta nije EU. Iako je Unija jedan od vodećih političkih i ekonomskih aktera savremenog sveta, iako ima direktan uticaj na 495 miliona ljudi koji žive u njenim okvirima, a utiče i na život onih koji sa njom posluju, jedinstveno mišljenje u vezi sa njenom pravnom prirodom još uvek ne postoji. Rizikujući da neke od postojećih heterogenih teza zanemarim, za potrebe ovog rada ukazaću na tri osnovne škole mišljenja.

Prvo, polazeći od principa međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, pojedini autori tvrde da je reč o međunarodnoj organizaciji. Pri tome, neki smatraju da je reč o organizaciji zasnovanoj na institucionalizaciji međuvladine saradnje,⁷ dok drugi prave razliku između EU kao međunarodne organizacije čiji je cilj integrisanje članica (*integrated organizations*) i onih drugih baziranih na „međuzavisnosti“ članica (*interdependent organizations*) kao što su NATO ili GATT.⁸ Većina onih koji pri razmatranju karaktera EU polaze od međunarodnih odnosa ipak naglašava da je reč o međunarodnoj organizaciji koja je poprimila neka obeležja države.⁹ Pripadnici ove škole mišljenja skloni su da ističu da je reč o organizaciji čijim je državama članicama postizanje nacionalnih ciljeva i dalje primarna obaveza. Među njima svakako je najpoznatiji Moravčík (*Andrew Moravcsik*) sa svojom teorijom o međuvladinom pristupu evropskim integracijama zasnovanim na liberalnim osnovama (*liberal intergovernmentalist theory*).¹⁰

Drugo, već duže vreme postoji tendencija da se odnosi između institucija Unije, vlada država članica i građana EU razmatraju u okvirima koncepta (kon)federalnog državnog uređenja. Iako EU karakteriše više konfederalnih obeležja, razmatranje njene prirode retko se vezuje za pojam konfederacije. Umesto toga, debate se uglavnom vode o tome da li je EU već federalna država i ako nije, da li će to postati. Jedni, na primer, tvrde da su usvajanjem Ugovora iz Mاستrihta nastali začeci države federalnog tipa.¹¹ Kao potvrdu tog stava ističu postojanje zajedničke spoljne i bez-

7 Vid. u: John McCormick, *Understanding the European Union: A Concise Introduction*, 3rd. ed., Palgrave Macmillan, New York 2005, str. 2–6.

8 Martin J. Dedman, *The Origins and Development of the European Union 1945–95: A history of European integration*, Routledge, London and New York 1996, str. 7–15.

9 Vid. npr. Vojin Dimitrijević *et al.*, *Osnovi Međunarodnog javnog prava*, drugo izdanje, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007, str. 123.

10 Andrew Moravcsik, *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Cornell University Press, Ithaca 1998.

11 Vid. npr. Denis J. Edwards, *Fearing Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union*, (1996) 44 *American Journal of Comparative Law* 537.

bednosne politike, zajedničke valute, državljanstva Unije, Evropskog parlamenta i Evropske centralne banke, snažne uloge Evropskog suda pravde, kao i zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda na nivou Unije.¹² Oni malo oprezniji ističu da iako je taj ugovor vodio u pravcu stvaranja federalne države EU, do toga ipak nije došlo.¹³ Takozvani evropski federalisti ističu da će se proces integracija završiti stvaranjem ujedinjenih država Evrope kad se države članice u potpunosti odreknu nadležnosti u oblasti spoljne i bezbednosne politike, a Savet svoje centralne uloge u EU.¹⁴ Slične rasprave pojavile su se i nakon usvajanja Ugovora iz Lisabona. Inače, koncept federalne Evrope približan modelu SAD naročito je popularan među američkim autorima.

Najzad, ima mnogo autora koji smatraju da EU nije ni međunarodna organizacija ni (federalna) država, već nešto treće. Među njima ističu se oni koji EU vide kao tvorevinu *sui generis*, a uporište za svoj stav vide u činjenici da je pravo EU autonoman, odnosno jedinstven izvor prava.¹⁵ Neke pristalice teorije „nešto treće“, od kojih je svakako jedan od najpoznatijih američki autor Vajler (*Joseph H. H. Weiler*), ističu da je konstitucionalizam osnovna karakteristika Unije po čemu se ona i razlikuje od ostalih transnacionalnih sistema. Konstitucionalne prakse, koje je ranija Zajednica stekla bez legitimiteta, potisnule su principe međunarodnog javnog prava na kojima je osnovana i na kojima je jedno vreme funkcionisao sistem Zajednice, smatra Vajler.¹⁶ On je kategoričan u tome da Unija nije država, ali ne i u tome šta ona jeste. Korak dalje otišao je Bogdandi (*Armin von Bogdandy*) koji smatra da je Unija novi oblik političke vladavine čiju je pravnu prirodu najbolje okarakterisati kao „supranacionalnu federaciju“ koja nije isto što i klasična federacija državnog tipa već postoji paralelno sa njom.¹⁷ Potvrdu za ovaj svoj stav on vidi u postojanju zajedničkog poretka, teritorije i državljanstva.¹⁸ Ovoj grupi mišljenja treba dodati i mišljenje Evropskog suda pravde koje u ovoj akademskoj raspravi ima svoju приметnu težinu: „...Zajednica konstituiše jedan novi

12 *Ibid.*, str. 539.

13 Vid. Dieter Kugelmann, *The Maastricht Treaty and the Design of a European Federal State*, (1994) 8 *Temple International and Comparative Law Journal* 335, str. 341.

14 Za više vid. G. Federico Mancini, *Europe: The Case for Statehood*, (1998) 4 *European Law Journal*, str. 29–42.

15 Vid. npr. Stephen Weatherill, *Law and Integration in the European Union*, Oxford University Press, Oxford 1995.

16 Vid. Džozef Vajler, *Ustav Evrope*, Filip Višnjić, Beograd 2002, str. 253. i 335.

17 Armin von Bogdandy, *The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty*, (2000) 6 *Columbia Journal of European Law* 27.

18 *Ibid.*, str. 27.

pravni poredak međunarodnog prava, u ime čijeg dobra su države članice ograničile svoja suverena prava, iako u ograničenim oblastima... Zajednici su data suverena prava čije vršenje deluje na države članice a takođe i na njihove građane.“¹⁹

Nemački Savezni ustavni sud često se ističe kao pristalica međuvladinog pristupa u definisanju prirode evropskih integracija iako je, posle njegove odluke u kojoj je razmatrao Ugovor iz Mastrihta, očigledno da ovaj sud s jednakim žarom opisuje EU i kao savez država (*Staatenverbund*). Mišljenje Suda o tome šta je EU ostalo bi u domenu već pomalo istrošene akademske rasprave da se u Lisabonskoj odluci on nije jasno izjasnio protiv stvaranja federalne države Evrope, o čemu, jasno je, ne treba da odlučuje jedan ustavni sud. Oni koji prate njegov rad nisu, međutim, iznenađeni ovakvom intervencijom budući da je kontrola ustavnosti političkih odluka redovna praksa Suda.

3. POLITIČKA PITANJA POD LUPOM „ČUVARA USTAVA“

Lisabonska odluka samo je jedna u nizu odluka u kojima se Sud uputio u razmatranje ustavnosti akata iz domena spoljne politike. Takozvana doktrina „političkog pitanja“ (*political question doctrine*), kojoj Vrhovni sud SAD povremeno pribegava da bi izbegao da izvrši kontrolu ustavnosti određenog spoljnopolitičkog pitanja, nije prihvaćena u praksi Suda.²⁰ Praktično, sve što preduzimaju zakonodavni i izvršni organi vlasti podleže kontroli ustavnosti.²¹ Na primer, u predmetu koji se ticao Osnovnog sporazuma između dve Nemačke, Sud je razmatrao politiku Vilija Branta (*Willy Brandt*) prema Istočnoj Evropi, kao i sporazum o normalizaciji odnosa

19 Slučaj 26/62, *NW Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR I (poznat kao predmet *Van Gend en Loos*).

20 „Pitanja koja su po svojoj prirodi politička, ili koja na osnovu ustava i zakona pripadaju izvršnim organima, nikada se ne mogu postaviti pred ovim sudom.“ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 170 (1803). Ipak, i samo pitanje postavljeno u ovom predmetu bilo je izrazito političkog karaktera, kao i pitanja postavljena u mnogim drugim slučajevima, uključujući i pitanje tretmana ratnih zarobljenika u bazi Gvan-tanamo Bej o kojem je Vrhovni sud SAD raspravljao u predmetu *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). Više o doktrini „političkog pitanja“ u praksi Vrhovnog suda SAD vid. u *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979) kao i Louis Michael Seidman, *The Secret Life of the Political Question Doctrine*, (2004) 37 *John Marshal Law Review*, str. 441–480.

21 O nepostojanju doktrine „političkog pitanja“ u praksi Suda vid. Vicki C. Jakson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York 2006, str. 899–900.

između dve Nemačke.²² Ovaj sud je ispitivao i ustavnost ugovora koji se ticao normalizacije odnosa sa Poljskom,²³ kao i pitanje instaliranja raketa sa nuklearnim bojivim glavama na nemačkoj teritoriji radi eventualne odbrane Zapadne Evrope.²⁴ Ni pitanja iz domena nacionalne bezbednosti, obaveza Nemačke koje proističu iz njenog članstva u savezu NATO, kao ni imigraciona pitanja ne predstavljaju izuzetak: u predmetu *Awacs* Sud je raspravljao o ograničenju suvereniteta zbog članstva u savezu NATO,²⁵ dok je u predmetu koji se odnosio na deportaciju u Bosnu i Hercegovinu ispitivao navode lica koje se suočilo sa deportacijom.²⁶ Najzad, Sud je prihvatio i da razmatra pitanje neučestvovanja nemačke vlade u pregovorima u vezi sa puštanjem iz zatvora nirnberškog osuđenika Rudolfa Hesa, na osnovu ustavne žalbe koju je Sudu podneo Hesov sin.²⁷

U navedenim, kao i u drugim odlukama u kojima je razmatrao usklađenost po pravilu „osetljivih“ spoljnopolitičkih akata sa Osnovnim zakonom, Sud je jasno stavio do znanja da je odlučan u tome da međunarodni ugovori, odnosno politički akti izvršnih organa moraju biti u saglasnosti sa nacionalnim vrednostima i ciljevima predviđenim u Osnovnom zakonu. Međutim, uprkos jakoj retorici, Sud je gotovo uvek podržao stavove zakonodavnih i izvršnih organa, pa se opravdano može postaviti pitanje da li ta retorika služi u neke druge svrhe osim u svrhu formalnog očuvanja Šmitove (*Carl Schmitt*) vizije „čuvara ustava“. Ako je to tako, nameće se pitanje da li Sud zaista predstavlja realnu opasnost za dalju budućnost Evropske unije, kao što to izgleda posle donošenja *Lisabonske* odluke.

4. KONTROLA USTAVNOSTI EVROPSKIH INTEGRACIJA

4.1. U IME LJUDSKIH PRAVA!

U svrhu diskusije u ovom članku posebno je važan odnos Suda prema evropskim integracijama, tačnije prema komunitarnom pravu i pravu današnje Evropske unije. Iako nikada nije utvrdio da je neka mera ili neki

22 36 BVerfGE 1 (1973) (No. 1). Više vid. Thomas, M. Franck, *Political Questions/Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?* Princeton University Press, Princeton NJ 1992, str. 110.

23 40 BVerfGE 141 (1975) (No. 16).

24 66 BVerfGE 39 (1983).

25 90 BVerfGE 286 (1984).

26 97 BVerfGE 2 (1997).

27 55 BVerfGE 349 (1980) (No. 23). Upor. Sean C. Monaghan, *European Union Legal Personality Disorder: The Union's Legal Nature Through the Prism of the German Federal Constitutional Court's Maastricht Decision*, (1998) 12 *Emory International Law Review* 1443.

akt bivše Zajednice, odnosno Evropske unije, u suprotnosti sa nemačkim Osnovnim zakonom, ovaj sud nije propuštao priliku da pošalje signal da su države članice bivše Zajednice, a danas Evropske unije „gospodari ugovora“ (*Herren der Verträge*) i da u integracijama one diktiraju prelazak sa „manje“ na „više“ Evrope i obrnuto. Još od ranih dana Zajednice, pa sve do usvajanja Ugovora iz Lisabona, Sud je prihvatao i razmatrao zahteve kojima se tvrdilo da pravo Zajednice, odnosno EU mora da bude saglasno sa odredbama Osnovnog zakona. Upravo je snažna privrženost Suda osnovnim ljudskim pravima doprinela najpre stvaranju i prihvatanju doktrine o zaštiti ljudskih prava od strane Evropskog suda pravde, a potom i izričitoj zaštiti tih prava, koja je potpisivanjem Ugovora iz Lisabona dobila pravnoobavezujući karakter.

Sve je počelo još 1960-ih kada su pred nemačkim sudovima, ali i pred Evropskim sudom pravde, često iznošeni argumenti da pravo tadašnje Zajednice treba da bude saglasno sa odredbama o osnovnim ljudskim pravima sadržanim u Osnovnom zakonu. Ti argumenti nisu bili bez težine budući da zaštiti osnovnih ljudskih prava u to vreme nije pridavana nikakva uloga u pravu Zajednice. U svojoj najpoznatijoj odluci donetoj tim povodom u predmetu *Internationale Handelsgesellschaft (Solange I)*, Sud je izričito naveo da mu pripada pravo da ispituje usklađenost prava Zajednice sa Osnovnim zakonom dok god u pravu Zajednice ne bude razvijen kodifikovan katalog osnovnih prava uporediv s onim u Osnovnom zakonu, i tim pravima ne bude pružena adekvatna zaštita.²⁸ Ove okolnosti navele su Evropski sud pravde da 1969. godine u slučaju *Stauder v. City of Ulm* nagovesti postojanje nove doktrine prema kojoj poštovanje osnovnih ljudskih prava predstavlja integralni deo opštih pravnih načela koja štiti Sud, a zatim da tu doktrinu dalje razvije oslanjajući je, pre svega, na nacionalne ustavne tradicije.²⁹ Doktrina zaštite ljudskih prava Evropskog suda pravde i usvajanje Zajedničke deklaracije od strane Evropskog parlamenta, Saveta i Komisije, 5. aprila 1977. godine, u kojoj je potvrđena privrženost političkih organa Zajednice zaštiti ljudskih prava garantovanih u ustavima država članica i Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, osnovni su razlozi promene u stavu Suda do koje dolazi 1986. godine. Naime, u predmetu *Wünsche Handelsgesellschaft (Solange II)* Sud ističe da je zaštita ljudskih prava u Zajednici u dovoljnoj meri razvijena, da odgovara zaštiti predviđenoj u Osnovnom zakonu i da zbog toga, dok

28 Vid. *Internationale Handelsgesellschaft von Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, (*Solange I*), Odluka od 29. maja 1974. godine, BVerfGE 37, 271 (1974) CMLR 540.

29 *Erich Stauder v. City of Ulm*, predmet br. 29/69, Odluka od 12. novembra 1969. godine.

god opšti nivo te zaštite bude adekvatan nemačkim standardima, on više neće voditi postupke u kojima će razmatrati da li akti i mere Zajednice odgovaraju odredbama Osnovnog zakona o ljudskim pravima.³⁰

Dileme Suda oko pravne prirode Zajednice, odnosno Evropske unije vidljive su još u predmetu *Solange I*: pravo Zajednice, istakao je ovaj sud, nije sastavni deo ni nacionalnog pravnog sistema niti međunarodnog prava, već predstavlja nezavisan pravni sistem koji proističe iz autonomnog izvora prava; Zajednica nije država, a naročito ne federalna država, već „*sui generis zajednica* u procesu postepene integracije“, odnosno „međuvladina organizacija“ u smislu člana 24. stav 1. Osnovnog zakona.³¹ Na meti kritike Suda bilo je postojanje demokratskog deficita, koji se u to vreme ogledao u preslabom parlamentu Zajednice čiji članovi nisu bili birani na neposrednim izborima, značajnom odsustvu parlamentarne kontrole nad izvršnim organima Zajednice, kao i odsustvu kodifikovanog kataloga ljudskih prava.

Kao što sam već navela, u periodu od dvanaest godina, koliko je prošlo od odluke u predmetu *Solange I* do odluke Suda u predmetu *Solange II*, stvari su se, bar što se tiče zaštite ljudskih prava na evropskom nivou, pomerile sa mrtve tačke, što je uticalo i na promenu stava Suda u vezi sa pravnom prirodom Zajednice. Sud je tada priznao da je određeno pravo Zajednice direktno primenjivo u Nemačkoj, kao i da Evropski sud pravde predstavlja sud u smislu člana 101. stav 1. Osnovnog zakona.³² S tim u vezi, Sud više ne govori o dva potpuno odvojena i nezavisna pravna sistema, već ističe da je reč o sistemima koji su međusobno povezani u mnogim aspektima, uključujući i recipročno dejstvo. Ipak, on jasno povlači liniju razgraničenja, naglašavajući da Zajednica ne može ograničavati identitet nemačkih institucija ili ustavni okvir nemačke države.³³

30 *Solange II*, odluka od 22. oktobra 1986, BVerfGE 73, 339, (1987) 3 CMLR 225. Uprkos tome, u odluci u predmetu *Tobacco Advertising*, u kojem je postupao 1989. godine, Sud nagoveštava da bi se pred njim mogao pokrenuti postupak za ocenu usklađenosti Uputstva sa nemačkim ustavnim standardima o zaštiti ljudskih prava, pod uslovom da se ispostavi da odgovarajući postupak pred Evropskim sudom pravde nije adekvatna zaštita. Vid. odluku od 12. maja 1989, no. 2 BvQ 3/89, (1990) 1 CMLR 570. Oslanjajući se prvenstveno na doktrinu o zaštiti ljudskih prava, nemački sudovi pokušali su i da u maratonskom sporu oko uvoznog režima EU koji se odnosio na banane uspostave paralelnu nadležnost za ispitivanje zakonitosti akata Zajednice, ali im to ipak na kraju nije dopustio Sud. Vid. odluku Suda 2 BvL 1/97, EuZW, (2000) 702.

31 Navedeni član Osnovnog zakona dopušta mogućnost da određena suverena ovlašćenja federacija zakonom prenese međuvladinoj organizaciji.

32 *Solange II*, str. 251.

33 *Ibid.*, str. 252–257.

Iako je posle odluke u predmetu *Solange II* nastavio da podržava mere Zajednice donoseći odluke u stilu „sve dotle dok“, Sud nije propuštao priliku da istakne da su države članice, kao i uvek, „gospodari“ Ugovora: „Zajednica ne može svoju nadležnost proširivati u neograničenom obliku... Zajednica nije suverena država... koja je ovlašćena da rešava sporove o odgovornosti u odnosu na unutrašnja pitanja. Štaviše, ona ne poseduje teritorijalni suverenitet ni personalnu nadležnost u državama članicama.“³⁴

4.2. U IME SUVERENITETA I DEMOKRATIJE!

Sa stvaranjem Evropske unije i jačanjem političkih integracija, fokus Suda u razmatranju pitanja koja se tiču učešća Nemačke u Uniji premešta se sa pitanja zaštite ljudskih prava na pitanje strukturalnog suvereniteta i demokratije. Ovakav razvoj događaja ne iznenađuje budući da je Ugovorom iz Matrihta (Ugovor o Evropskoj uniji) stvorena politička unija – „novi korak u ostvarivanju sve čvršće unije evropskih naroda“ – zasnovana na načelima slobode, demokratije, vladavini prava, kao i na poštovanju ljudskih prava i osnovnih sloboda (član 6. Ugovora o EU iz 1992. godine). Kao takva, EU je imala zadatak da odnose među državama članicama i njenim građanima organizuje principijelno i solidarno, a da sama stvori i promoviše privredni i socijalni prostor bez unutrašnjih granica, privrednu i monetarnu uniju, uključujući u dugoročnom planu i jedinstvenu valutu, da obezbedi identitet Unije na međunarodnom planu, pre svega, zajedničkom spoljnom i bezbednosnom politikom, a postepeno i zajedničkom odbrambenom politikom, da uvede državljanstvo Unije, očuva i razvije zajedničku saradnju u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova, kao i da potpuno očuva i razvije politike i tekovine prethodne zajednice.³⁵ Treba napomenuti da prema ovom ugovoru Unija nije posedovala međunarodni subjektivitet već su to imale države članice i tri zajednice u njenom sastavu.

Kad je pitanje ratifikacije Ugovora iz Matrihta došlo na dnevni red u Nemačkoj, pojavile su se sumnje da je član 24. stav 1. Osnovnog zakona dovoljan osnov za ratifikaciju, jer nova Unija, kako su neki tvrdili, nije više „međuvladina organizacija“ u smislu tog člana, već *sui generis* tvorevina transnacionalnog karaktera, prema nekima čak i federalna država.³⁶ Da bi se obezbedilo učešće Nemačke u EU i sprečilo osporavanje ustavne osnove, Savezni parlament je 21. decembra 1992. godine izmenio Osnovni

34 *In re Frau Kloppenburg*, BVerfG 1987, (1988) 3 C.M.L.R. 1, 17, str. 19.

35 Vid. čl. 1. i 2. Ugovora o EU (prečišćena verzija iz 1990. godine).

36 Vid. u: David P. Currie, *The Constitution of The Federal Republic of Germany*, The University of Chicago Press, Chicago 1994, str. 97. i fn. 342.

zakon uvođenjem novog člana 23. (tzv. Evropa-član), dok je novi član 88. Osnovnog zakona obezbedio učešće Nemačke u Evropskoj monetarnoj uniji. *Bundestag* je ratifikaciju Ugovora iz Mastrihta odobrio većinom glasova (543 od ukupno 562 člana glasala su za) dok je *Bundesrat* jednoglasno odobrio ratifikaciju tog ugovora.

Za predmet ove diskusije posebno je važan Evropa-član s obzirom na to da ukazuje na uslovni pristanak Nemačke na novonastalu uniju i tadašnji stav Suda o tranzicionoj prirodi evropskih integracija. Stav 1. člana 23. Osnovnog zakona, između ostalog, predviđa da Savezna Republika Nemačka učestvuje u stvaranju Evropske unije, s tim što se naglašava da je to unija u kojoj se poštuju demokratsko, socijalno i federalno načelo, načelo vladavine prava, kao i posebno važno načelo supsidijarnosti, a jamči se i zaštita osnovnih prava, uporediva sa onom predviđenom u Osnovnom zakonu. U svrhu nemačkog članstva u Uniji, savezna država (federacija), uz saglasnost Veća saveznih pokrajina (*Bundesrat*), može zakonom da Uniji prenosi vršenje određenih sopstvenih suverenih prava, pod uslovom da se tim ne povređuju demokratska načela i prava garantovana Osnovnim zakonom, uključujući ljudsko dostojanstvo, federalizam itd. Najzad, stav 1. uslovljava prihvatanje budućih izmena Ugovora iz Mastrihta usvajanjem posebnog zakona kvalifikovanom većinom. U stavu 2. Evropa-člana definisano je pravo *Bundestaga* i *Bundesrata* da učestvuju u vršenju poslova EU, koje se dalje razrađuje u st. 3. i 4. kroz indirektan ali prilično jak uticaj *Bundestaga* i *Bundesrata* na legislativnu funkciju evropskih organa, kao i na pregovaračku poziciju predstavnika Savezne vlade Nemačke u Briselu. Naime, stav 3. člana 23. dozvoljava *Bundestagu* da svoje mišljenje o nacrtu nekog akta EU saopšti Saveznoj vladi, koja će to mišljenje uzeti u obzir u pregovorima o usvajanju akta sa ostalim učesnicima legislativnog procesa na nivou EU. *Bundesrat* učestvuje u oblikovanju stava Savezne vlade ako bi povodom pitanja koje se reguliše nacrtom akta imao pravo da učestvuje u odlučivanju u domaćem zakonodavnom procesu. Ukoliko nacrt nekog akta Unije direktno pogađa interese članica nemačke federacije (*Länder*), stav *Bundesrata* je odlučujući u formiranju stava savezne države u evropskim pregovorima. Time je eliminisan i osnovni prigovor u odnosu na prenošenje suverenih prava, kojim se tvrdilo da *Bundestag* prenosi suverena ovlašćenja na EU iako ih u suštini ne poseduje. Prema tome, član 23, koji je uvršten u Osnovni zakon Nemačke radi obezbeđivanja njenog učešća u EU, u skladu je sa „*solange*“ („sve dotle dok“) doktrinom Suda, što je potvrdio i sam Sud u *Odluci o Ugovoru iz Mastrihta*.³⁷

I pored „*solange*“ strategije na kojoj počiva članstvo Nemačke u EU, nekima je i ovoliko Evrope bilo previše. Četvorica nemačkih poslanika

37 Tako i Sean C. Monaghan, *op. cit.*, str. 1462.

u Evropskom parlamentu (članovi stranke Zeleni) i jedan bivši službenik evropske Komisije, osporili su pred Sudom ustavnost novih članova 23. i 88. Osnovnog zakona, kao i pratećih zakona kojima je implementiran Ugovor iz Maastrichta u nemački pravni poredak, tvrdeći da je time povređen čitav korpus njihovih osnovnih prava garantovanih Osnovnim zakonom, uključujući pravo na ljudsko dostojanstvo, pravo na slobodan razvoj ličnosti, pravo na slobodno udruživanje, pravo na slobodno osnivanje političkih stranaka, pravo na slobodan izbor zanimanja ili profesije, pravo svojine, pravo na izbor poslanika u *Bundestag* i pravo na otpor svakome ko namerava da sruši ustavni poredak.³⁸ Za razliku od širokih osnova ustavne žalbe, odluka Suda bila je prilično usko koncipirana. Sud je pristao da razmatra samo jedan prigovor, i to onaj koji se odnosio na pravo na izbor poslanika u *Bundestag* regulisano u članu 38. Osnovnog zakona (jedno od načela demokratije).³⁹ U razmatranju tog argumenta, Sud se indirektno osvrtao i na pitanje prirode Unije stvorene Ugovorom iz Maastrichta, ali nije razmatrao pitanje da li bi postojanje federalne države Evrope bilo u suprotnosti sa Osnovnim zakonom, kao što je to radio docnije u *Lisabonskoj* odluci.

Dakle, šta je novostvorena Unija po mišljenju Suda? Dva pitanja nisu sporna. Prvo, nema sumnje da je Sud tumačio Ugovor iz Maastrichta kao međunarodni ugovor a ne kao ustavni dokument.⁴⁰ Drugo, jasan je stav Suda da taj ugovor nije stvorio jedinstvenu federalnu evropsku državu (*Bundesstaat*). U tom smislu, Sud ističe da iako izraz „Evropska unija“ može zaista da sugeriše dalje jačanje procesa integracije kroz buduće amandmane osnivačkog ugovora, faktička namera tvoraca to ne potvrđuje: ne postoji namera (u to vreme, *pr. moja*) da se stvore „Ujedinjene države Evrope“, po strukturi slične Sjedinjenim Američkim Državama.⁴¹ Prema tome, Savezna Republika Nemačka, i posle stupanja

38 Vid. 89 BverfGE 155 (1993). U daljem tekstu: *Odluka o Ugovoru iz Maastrichta*. Reference u ovom tekstu pisane su prema prevodu odluke na engleski jezik sadržanom u: Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Durham and London 1997, str. 109–113, 182–186. Odluka je u celini objavljena na engleskom jeziku u 33 *International Legal Materilas* 388–409.

39 Odbijajući da razmatra ostale prigovore o kršenju raznih drugih prava garantovanih Osnovnim zakonom, Sud je ponovio svoj stav da Evropski sud pravde pruža dovoljnu zaštitu osnovnih prava uporedivu s onom koju pruža Sud, dodajući ipak da će u odsustvu toga to učiniti on sam, i to ne samo u odnosu na akte nemačkih organa. Sud je ipak naglasio da nadzire primenu izvedenog prava Zajednice u Nemačkoj u „kooperaciji“ sa Evropskim sudom pravde.

40 Sean C. Monaghan, *op. cit.*, str. 1486.

41 *Odluka o Ugovoru iz Maastrichta*, C. II. par. 110.

na snagu Ugovora iz Mاستrihta, ostaje suverena država u smislu člana 2. stav 1. Povelje UN.⁴²

Sporno je, međutim, da li je po mišljenju Suda Unija međunarodna organizacija u smislu međuvladine organizacije (*zwischenstaatlichen Gemeinschaft*), organizovane na supranacionalnoj osnovi, zajednica država (*Staatengemeinschaft*) odnosno savez država (*Staatenverbund*) ili, jednostavno ali sasvim neodređeno, supranacionalna organizacija (*supranational organisierten*), s obzirom na to da se Sud nekonzistentno odnosi prema ovom pitanju, naizmenično upotrebljavajući navedene termine.

Tako, na primer, Sud ističe da članstvo Nemačke u zajednici država (*Staatengemeinschaft*), koja je ovlašćena da samostalno deluje u pitanjima njene isključive nadležnosti, zahteva drugačije rešavanje pitanja demokratskog legitimiteta nego što je to nacionalnim ustavom uobičajeno u svrhe unutrašnjeg poretka, da bi, u nastavku istog paragrafa, pravo na izbor poslanika u *Bundestag*, a u kontekstu evropskih integracija, razmatrao sa aspekta članstva Nemačke u međuvladinoj zajednici, tj. organizaciji (*zwischenstaatlichen Gemeinschaft*) kojoj je ona prenela deo svojih suverenih prava.⁴³ Međutim, može se s pravom smatrati da je, po mišljenju Suda, EU više od međudržavne, tj. međuvladine organizacije, s obzirom na to da on nešto kasnije u odluci definiše EU kao savez demokratskih država koje teže dinamičnom razvoju, s tim što tom daljem razvoju narodi država članica moraju prvo da daju demokratski legitimitet posredstvom svojih nacionalnih parlamenata.⁴⁴ U tom smislu, Sud takođe napominje da je Ugovor iz Mاستrihta stvorio savez država (*Staatenverbund*) kako be se ostvarila što čvršća unija naroda Evrope (organizovanih u države),⁴⁵ u čemu uvođenje državljanstva Unije igra važnu ulogu jer svedoči o postojanju *de facto* zajednice, iako nema (još uvek, *pr. moja*) onu snagu zajedničkog državljanstva koja okuplja pojedince u jedinstvenu državu.⁴⁶

I pored nekonzistentnog i na mahove sasvim neodređenog jezika, često se navodi da Sud prvenstveno shvata EU kao međuvladinu organizaciju u kojoj su „gospodari ugovora“ nezavisne i suverene države koje kontrolišu integracije putem svojih vlada i samih podložnih demokratskoj kontroli. To, međutim, ne znači da je te 1993. godine Sud prirodu EU shvatio statički. Naprotiv, Sud nije zatvorio vrata daljem stvaranju sve čvršće unije evropskih naroda pod uslovom da taj proces bude demokratski, da ga odobre nacionalni parlamenti država članica i da same institucije

42 *Ibid.*, par. 112.

43 *Ibid.*, C. I 2. (a), par. 93.

44 *Ibid.*, C. I (b) (I) par. 96.

45 *Ibid.*, C. II par. 108.

46 *Ibid.*, C. I (b) (I) par. 97.

EU zadobiju jači demokratski legitimitet. Za razliku od ranijih stavova, Sud nije apostrofirao pitanje zaštite ljudskih prava kao glavnu prepreku daljeg jačanja integracija, već je tu ulogu dodelio postojanju demokratskog deficita na strani Evropskog parlamenta. Prema tome, dalje integracije zavise od političke volje država članica, koje su se u to vreme (kao i danas) našle ukleštene između „evropske“ retorike i onoga što se zove realpolitika. U taj proces treba smestiti i stav Suda zauzet u *Odluci o Ugovoru iz Maastrichta* prema kojem on sam, a ne Evropski sud pravde, ostaje vrhovni arbitar po pitanju razgraničenja nadležnosti između Zajednice i država članica.⁴⁷ Ipak, u odnosu na odluku koju je doneo povodom razmatranja Ugovora iz Lisabona, *Odluka o Ugovoru iz Maastrichta* izgleda mnogo umerenija i progresivnija.⁴⁸

5. LISABONSKA ODLUKA ILI KAKO UPOKOJITI FEDERALNU EVROPU

Usvajanje Ugovora iz Lisabona predstavlja kulminaciju desetogodišnjih napora usmerenih ka reformi osnivačkih ugovora EU, otpočeloj odmah nakon usvajanja Ugovora iz Nice.⁴⁹ Nakon neuspešne sveobuhvatne reforme, koja je trebalo da se završi usvajanjem Ustava za Evropu, Ugovorom iz Lisabona (samo) se menjaju Ugovor o EU i Ugovor o osnivanju Evropske zajednice. Ovaj drugi prerasta u Ugovor o funkcionisanju Evropske unije. Najznačajnije promene odnose se na uvođenje funkcije visokog predstavnika Unije za spoljnu i bezbednosnu politiku, ukidanje strukture stubova, izmene u sistemu glasanja država članica, uključujući i proširenu primenu glasanja kvalifikovanom većinom, preciziranje isključivih, podeljenih, koordinirajućih i paralelnih nadležnosti Unije (paralelno sa uvođenjem novih nadležnosti), isticanje međunarodnog subjektiviteta EU, pravnoobavezujuću snagu Povelje o osnovnim pravima, građansku inicijativu u procesu legislativnog odlučivanja na nivou EU, ali i jačanje pozicije nacionalnih parlamenata u istom tom procesu.⁵⁰

47 *Ibid.*, C. II 3 (b) par. 125. Da ovakav stav može biti potencijalno opasan za uspostavljanje paralelne jurisdikcije nacionalnih sudova kad su u pitanju akti Zajednice, pokazalo se u ranije pominjanom „banana“ sporu. Vid. fn. br. 30.

48 Za detaljniju analizu *Odluke o Ugovoru iz Maastrichta* vid. npr. Rainer Arnold, *The Treaty on European Union and German Constitutional Law: The German Constitutional Court's Decision of October 12, 1993, on the Treaty of Maastricht*, (1994) 9 *Tulane European & Civil Law Forum* 91.

49 Za više vid. Paul Craig, *Constitutional Process and Reform in the EU: Nice, Laeken, the Convention and the IGC*, (2004) 10 *European Public Law* 653.

50 Za više vid. Paul Craig, *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford University Press, Oxford 2010; Aleksandra Čavoški, *Šta nam donosi Ugovor iz Lisabona?*, Godišnjak 2007, Udruženje za međunarodno pravo, Beograd 2008, str. 273–297.

Po već isprobanom „Mastriht“ receptu, odmah nakon što su *Bundestag* i *Bundesrat* u septembru 2009. godine usvojili četiri relevantna zakona kojima se aktivira dejstvo novog osnovnog ugovora Unije, Sudu se upućuje više ustavnih žalbi i zahteva za ocenu njihove ustavnosti.⁵¹ Podnosioci se mogu okarakterisati kao pripadnici ekstremne desnice i ekstremne levice.

Koja su pitanja bila upućena Sudu? Postupak pred Sudom pokrenut je na osnovu dva zahteva za ocenu ustavnosti zasnovana na tzv. *Organstreit* postupku (sukob nadležnosti) i četiri ustavne žalbe (*Verfassungsbeschwerden*) kojima se u osnovi tvrdilo da akt kojim se potvrđuje Ugovor iz Lisabona i prateći akti povređuju član 38. stav 1. (izbori za *Bundestag*), član 79. stav 3. (klauzula „većnosti“, tj. nedopuštenost amandmana koji se tiču federalnog načela, učešća *Ländera* u zakonodavnom procesu, osnovnih prava i osnovnih načela državnog poretka), člana 20. st. 1. i 2. (osnovna načela državnog poretka: demokratija, socijalna država, suverenost naroda u vršenju državne vlasti putem izbora, glasanja i putem zakonodavnih, izvršnih i pravosudnih organa) i člana 23. stav 1. (učesće Nemačke u EU) Osnovnog zakona.

U svrhu ove diskusije posebno je važno istaći prigovore kojima se tvrdilo da je usvajanjem Ugovora iz Lisabona SR Nemačka izgubila državnost, da se EU sticanjem međunarodnog subjektiviteta ponaša kao federalna država koja je, pored suvereniteta u vršenju javne vlasti, stekla i teritorijalni suverenitet (prostor bezbednosti, slobode i pravde) i narod.⁵² Zajednička pravna osnova ovih i drugih prigovora bila je povreda prava na izbor poslanika u *Bundestag*, tj. prava na glasanje garantovanog članom 38. stav 1. Slično kao i u *Odluci o Ugovoru iz Mastrihta*, Sud je prihvatio da ocenu ustavnosti akta kojim se potvrđuje Ugovor iz Lisabona i pratećih akata razmatra samo u odnosu na eventualne povrede prava na glasanje u vezi sa članom 23. stav 1, tj. učesća Nemačke u EU. Pozivajući se na pravo na glasanje, moguće je tvrditi, istakao je Sud, da je došlo do povrede

51 Reč je o zakonima usvojenim 22. septembra 2009. godine: Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (o proširenim i pojačanim nadležnostima *Bundestaga* i *Bundesrata* u odnosu na evropska pitanja); Gesetz zur Umsetzung der Grundgesetzänderungen für die Ratifizierung des Vertrags von Lissabon (o ratifikaciji Ugovora iz Lisabona); Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union (o saradnji između Savezne vlade i *Bundestaga* u odnosu na evropska pitanja); Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (o saradnji između Federacije i *Ländera* u odnosu na evropska pitanja).

Preuzeto sa adrese: <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a21/rechtsgrundlagen/index.html> 25. april 2011.

52 *Lisabonska* odluka, par. 101–102 i 111–114.

demokratskih standarda ne samo u toku nacionalnih izbora u Nemačkoj, već i povodom amandmana na osnovne ugovore EU kojima se smanjuju ovlašćenja *Bundestaga* a proširuju ovlašćenja institucija Unije, uključujući i Evropski parlament.⁵³ Zahteve za ocenu ustavnosti zasnovane na *Organstreit* postupku Sud je proglasio neprihvatljivim i neosnovanim.

Iako se umnogome oslanja na *Odluku o Ugovoru iz Mastrihta, Lisabonska* odluka mnogo je više od odluke koja bi se mogla nazvati *Odluka o Ugovoru iz Mastrihta II*. Prvo, doneta je u uslovima u kojima Uniju čine 27 država a ne 12, koliko ih je bilo u vreme usvajanja *Odluke o Ugovoru iz Mastrihta*, što je samo po sebi izazvalo nove dileme u odnosu na dalje jačanje jedinstvenog evropskog identiteta. Drugo, u međuvremenu, razvijene su nove oblasti delovanja Unije u domenima unutrašnjih poslova, pravde, spoljne i bezbednosne politike. Treće, *Lisabonska* odluka doneta je posle neuspelog eksperimenta sa Ustavom za Evropu, odnosno u periodu kada je svako insistiranje na daljoj „federalizaciji“ EU unapred osuđeno na propast. Najzad, za razliku od *Odluke o Ugovoru iz Mastrihta*, u kojoj je Sud ukazao na evolutivnu prirodu EU, u *Lisabonskoj* odluci Sud je jasno rekao da Osnovni zakon postavlja granice evropskim integracijama i da je opstanak Unije moguć jedino u postojećem obliku integracija. Nastavak ovog rada posvećen je anatomiji navedenih zaključaka.

5.1. EU JE SAVEZ SUVERENIH DRŽAVA (STAATENVERBUND)

Dakle, šta je EU po mišljenju Suda? Pre svega, Sud nastavlja da priča u jednom dahu o Uniji kao savezu država i međunarodnoj organizaciji, a o Ugovoru iz Lisabona kao međunarodnom ugovoru.⁵⁴ Iako je rezonovanje Suda protivrečno i konfuzno, ipak dispozitiv presude i dominantni diskurs obrazloženja ukazuju na to da Sud shvata EU kao savez država (*Staatenverbund*).⁵⁵ To se najbolje vidi iz dela Odluke u kojoj Sud razmatra pitanja istupanja države članice iz EU, ukazujući na to da nije reč o secesiji unutar državne zajednice (*Staatsverband*), problematičnoj sa aspekta međunarodnog prava, već običnom istupanju iz saveza suverenih država (*Staatenverbund*) zasnovanog na principu reverzibilnog samoobavezivanja.⁵⁶ Sud ovom prilikom pojašnjava neologizam iskovan

53 *Ibid.*, par. 176. i 177.

54 *Ibid.*, par. 219, 228, 231, 237, 267. i dr.

55 *Ibid.*, par. 229, 233. i 294. Interesantno je napomenuti da Savezna vlada SR Nemačke i *Bundestag* takođe vide EU kao savez država. Vid. par. 147–153.

56 *Ibid.*, par. 233. Zbog ovakvog stava Sud je oštro kritikovan i optužen za nepoznavanje međunarodnog prava i to prvo zato što je diskutabilno da li bi se Bečka konvencija o ugovornom pravu, na koju se Sud pozvao, uopšte primenila na EU, s obzirom na to da Ugovor iz Lisabona sam reguliše mehanizam istupanja iz EU, i drugo, ako bi se

u *Odluci o Ugovoru iz Mastrihta – Staatenverbund* – ističući da koncept *Verbund* (savez) podrazumeva dugoročnu i tesnu zajednicu država koje ostaju suverene, zajednicu koja vrši javnu vlast na osnovu ugovora, ali o čijem osnovnom poretku odlučuju države članice i u kojoj narodi, odnosno građani država članica ostaju nosioci demokratskog legitimiteta.⁵⁷ Unija nema pravo da odlučuje o pitanjima nadležnosti (*Kompetenz-Kompetenz* ostaje isključivo pitanje u nadležnosti država članica) a njen pravni poredak nije originaran, već je izveden, odnosno zasnovan na pravu država članica.⁵⁸ Drugim rečima, to je konfederacija koja počiva na elementima klasičnog modela, tj. postojanju međunarodnog ugovora (osnivačkog) i kombinaciji suverenosti država članica, poverenih nadležnosti i prava na otcepljenje. Ovakav zaključak suštinski je suprotan ne samo ranijem stavu tog istog suda da je komunitarno pravo nezavisan pravni sistem, a Zajednica „*sui generis* zajednica u procesu postepene integracije“ (*Solange I*), već i konzistentnom stavu Evropskog suda pravde shodno kojem je pravo Unije autonomno pravo koje ima svoj originarni izvor.⁵⁹

Insistirajući na međunarodnim i konfederalnim elementima EU, Sud je utvrdio da stvaranjem saveza suverenih država Nemačka nije izgubila svoju državnost, s obzirom na to da stvoreni savez nije država.⁶⁰ Da bi pokazao da EU nije država, Sud se oslonio na Jelinekovu (*Georg Jellinek*) teoriju države o tome da su tri osnovna elementa svake države: vršenje vlasti, državna teritorija i narod,⁶¹ kao i na sopstvenu teoriju o neophodnim oblastima u kojima deluje država. Interesantno je pomenuti da je do definicije države, koja se pri tome nazire, Sud došao negativnim putem – čitanjem osnivačkih ugovora EU, posebno Ugovora iz Lisabona. Sledeći pasusi u *Lisabonskoj* odluci upućuju na ovakav zaključak.

Prvo, Sud ukazuje na to da su nadležnosti Unije poverene, ograničene i u principu reverzibilne.⁶² Iako je Osnovni zakon otvoren prema evropskim integracijama, načela demokratije i supsidijarnosti, garantovana u njegovom Evropa-članu (član 23), zabranjuju prenošenje određenih državnih ovlašćenja na EU u oblastima koje su naročito važne za sposobnost

i primenila – unilateralno istupanje bez saglasnosti država članica značilo bi kršenje osnovnog ugovornog načela *pacta sunt servanda*. Vid. u Jo Eric Khushal Murkens, *Bundesverfassungsgericht (2 Bve 2/08): „We Want Our Identity Back“...*, str. 540–541.

57 *Lisabonska* odluka, par 229.

58 *Ibid.*, par. 231. i 233.

59 *Costa v. E.N.E.L.*, Case 6/64, 1964 E.C.R. 585. Vidi i slučaj *Van Gend en Loos* naveden u fn. 19.

60 *Lisabonska* odluka, par. 275.

61 Sud citira: Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. izd. Julius Springer Verlag, Berlin 1900, 1921. Vid. *Lisabonska* odluka, par. 394.

62 *Ibid.*, par. 233–234.

jedne ustavne države da se demokratski oblikuje uključujući (1) oblast krivičnog prava (materijalnog i procesnog), (2) upotrebu sile od strane policije i vojske, (3) javnu potrošnju i porez, (4) socijalnu politiku i (5) kulturu, koja uključuje i pitanja porodičnog prava, obrazovanja i religije.⁶³ Ipak, nismo saznali zašto je vršenje suverenih ovlašćenja u ovim oblastima bitno za očuvanje demokratije na nivou države, a nije recimo izdavanje sopstvene monete, vođenje spoljne politike ili regulisanje građanskopravnih odnosa (npr. baš je nemački Građanski zakonik – BGB donet u vreme tek osnovane savremene nemačke države).⁶⁴ Umesto toga, Sud je samo lakonski zaključio da je država „oduvek“ regulisala ove oblasti kao izraz svog suvereniteta. Interesantno je, međutim, pomenuti da se navedene oblasti isključivog državnog suvereniteta umnogome poklapaju sa predmetom „klauzula premošćavanja“ u Ugovoru iz Lisabona, koje su u stvari bile na meti Suda, s obzirom na to da se njima u Savetu modifikuje način glasanja ili procedura za donošenje akata u određenim oblastima.⁶⁵ Dakle, do doktrine o suverenim „*domain reserve*“ Sud je došao radi isticanja sopstvene spremnosti da kontroliše evropske integracije, čak i na način protivan Ugovoru iz Lisabona.

Kad je reč o državnoj teritoriji i narodu kao uslovima za postojanje države, Sud je teritoriju i državljanstvo EU sveo na derivativne koncepte, bez eksplicitnog razmatranja međunarodnog ili ustavnog prava. Iako samo postojanje Unije redukuje teritorijalnu nadležnost Nemačke, to se odnosi samo na primenu prava Unije – Unija nema samostalnu teritoriju koja joj pripada.⁶⁶ Pored toga, Unija nema ni narod: državljanstvo Unije zasniva se isključivo na volji država članica.⁶⁷ Štedeći tako sebe od razmatranja

63 *Ibid.*, par. 246–248.

64 Tako i Daniel Halberstam and Christoph Möllers, *The German Constitutional Court says „Ja zu Deutschland!“*, (2009), 10 German Law Journal 1241, str. 1249–1251.

65 Ugovorom iz Lisabona predviđeno je da se pomoću tzv. „klauzula premošćavanja“ u Savetu modifikuju način glasanja ili procedure za donošenje akata u određenim oblastima: Evropski savet može svojom odlukom ovlastiti Savet da umesto jednoglasno donese odluku većinskim glasanjem, odnosno može ovlastiti Savet da određeni akt usvoji po tzv. „običnoj“ proceduri a ne po posebnoj legislativnoj proceduri, kako to inače predviđa Ugovor iz Lisabona. Nacionalni parlamenti obaveštavaju se o ovakvoj inicijativi Evropskog saveta i imaju mogućnost da se u roku od šest meseci izjasne protiv nje. Ukoliko se nacionalni parlamenti ne usprotive, moguće je usvajanje određenog akta prema procedurama predviđenim u „klauzulama premošćavanja“. Vid. član 48 (7) Ugovora o EU (prečišćena verzija). S tim u vezi, u *Lisabonskoj* odluci Sud izričito kaže da se Savezna vlada Nemačke ne može složiti sa procedurama predviđenim u „klauzulama premošćavanja“ bez izričitog odobrenja nemačkog parlamenta. Vid. par. 413.

66 *Lisabonska* odluka, par. 345.

67 *Ibid.*, par 345–350.

komplikovanog koncepta transnacionalnog federalizma, Sud lakonski zaključuje da je Evropa bez granica sporedni prostor u odnosu na državne teritorije država članica.⁶⁸

5.2. EVROPSKA UNIJA NIJE FEDERALNA DRŽAVA (STAATSVERBAND)

Iako je u *Lisabonskoj* odluci Sud težio da bude i pragmatičan i „konačan“ arbitar, neki zaključci Suda toliko su „klimavi“ da se teško mogu opravdati balansiranjem u cilju postizanja ravnoteže između tih uloga. Jedan od takvih stavova jeste i zaključak Suda da Ugovor iz Lisabona nije stvorio federalnu državu (*Staatsverband*).⁶⁹ Ovaj stav sam po sebi ne bi bio problematičan (sklona sam da tvrdim da Ugovorom iz Lisabona, i pored prisustva mnogih federalnih elemenata, nije stvorena federacija ni u doslovnom značenju tog pojma niti u smislu Čerčilovog sna) da ga ne prati potpuno neprihvatljivo shvatanje federalne države. U najkraćem, to shvatanje svodi se na sledeće: federalna država podrazumeva (unitarnu) državu baziranu na modelu većinske demokratije (*majority rule*), kojoj legitimitet daje jedinstveni, tj. homogeni narod kao nosilac legitimne vlasti a koji svoju volju izražava na slobodnim i demokratskim izborima zasnovanim na načelu jednakosti – „jedno lice – jedan glas“.⁷⁰ Osnovni razlog zašto Ugovor iz Lisabona nije stvorio federalnu državu Sud vidi u činjenici da Evropski parlament nije pravo predstavničko telo koje funkcioniše po modelu većinske demokratije i načelu „jedno lice – jedan glas“, već je u najboljem slučaju samo „gornji dom“ koji funkcioniše po principu „opadajućeg proporcionaliteta“.⁷¹

Iako nisam pristalica „merenja“ demokratije na nivou EU isključivo logikom nacionalnih standarda, navedeni stavovi Suda u suprotnosti su sa osnovnim pretpostavkama federalizma, ali i sa drugim savremenim standardima ustavne demokratije, pa ću zato u njihovoj analizi poći od nacionalnog konteksta.

68 Za više o konceptu transnacionalnog federalizma vid. npr. Michel Rosenfeld, *Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism*, (2008) 6 *International Journal of Constitutional Law* 415; Armin von Bogdandy, and Jürgen Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2nd edit. Hart Publishing, Oxford 2009.

69 *Ibid.*, par. 277.

70 *Ibid.*, par. 277, 279. i 280. Za komentar vid. Christoph Schönberger, *op. cit.*, str. 1211–1216; Dimitrios Doukas, *The Verdict of the German Federal Constitutional Court on the Lisbon Treaty: Not Guilty, But Don't Do It Again!* (2009) 34 (6) *European Law Review* 866, str. 873; Daniel Halberstam and Christoph Möllers, *op. cit.*, str. 1248.

71 Vid. *Lisabonsku* odluku, par. 282–288.

Prvo, iako demokratija teži jednakoj participaciji svih građana, jednaka biračka moć građana u većini današnjih ustavnih demokratija na tlu Evrope korigovana je zahtevom da u nacionalnim parlamentima sedi određeni broj žena (npr. 1/3), a u nekim nacionalnim sistemima, kao što je to slučaj u našem, i zahtevom da u parlamentu sede i predstavnici nacionalnih manjina.

Drugo, iako su svrha, struktura i funkcije federalnih država različite, čak nijedna od dve najstarije federacije na svetu – Švajcarska nije zasnovana na modelu većinske demokratije. Polazeći od mišljenja Suda, SAD ili Švajcarska mogle bi se okarakterisati kao federacije koje pate od demokratskog deficita imajući u vidu sastav Senata ili švajcarskog *Ständerata*, u kojima federalne jedinice imaju jednaki broj predstavnika i kojima ustavi tih zemalja daju istu „težinu“ u zakonodavnom postupku sa donjim domovima. Na neodrživost navedene definicije Suda ukazuje i Šenberger (*Christoph Schönberger*) koji, osim što poredi sastav gornjih domova u federacijama, ukazuje i na to da ustavi nekih federalnih država ne predviđaju ni strukturu donjih domova tako da ona odgovara načelu jednakog biračkog prava koje odgovara načelu „jedno lice – jedan glas“.⁷² Na primer, Ustav SAD garantuje da će svaka država imati najmanje jednog predstavnika u Predstavničkom domu, iako to možda ne odgovara snazi njenog stanovništva. Treba dodati da je isti princip primenjen i u švajcarskom donjem domu – Nacionalnom veću. Najzad, već je primećeno da ni sam nemački federalni sistem ne funkcioniše po modelu klasične većinske demokratije.⁷³ Drugi zakonodavni organ u SR Nemačkoj, *Bundesrat*, nije gornji dom parlamenta u klasičnom smislu, već je telo u kome sede članovi vlada nemačkih pokrajina koje imenuju i opozivaju vlade *Ländera*. Glasovi u *Bundesratu* raspoređeni su srazmerno, u skladu sa brojem stanovnika *Ländera*. Kako u ovom telu sede postavljeni a ne izabrani predstavnici, moguće je, sledeći logiku Suda, zakonodavni postupak u Nemačkoj oceniti kao nedemokratski jer je saglasnost *Bundesrata* u donošenju zakona često uslov za njihovo usvajanje.⁷⁴

Iako Sud u *Lisabonskoj* odluci zaista pominje ulogu gornjih domova u federalnim državama, pitanje njihovog demokratskog legitimiteta ostavlja po strani, lišavajući tako sebe polazne osnove za razmatranje strukturalnih odnosa i demokratskog legitimiteta u Evropskoj uniji. Osim toga, on upada u sopstvenu zamku jer i sam tretira *Bundesrat* kao „dom, tj. veće nacionalnog parlamenta“.⁷⁵ Ako je to već tako, onda Evropski parlament

72 Christoph Schönberger, *op. cit.*, str. 1215.

73 Daniel Halberstam and Christoph Möllers, *op. cit.*, str. 1248.

74 *Ibid.*

75 *Lisabonska* odluka, par. 407.

mora, *a fortiori*, biti tretiran na isti način.⁷⁶ U tom smislu, umesto što se držao modela većinske demokratije i načela „jedno lice – jedan glas“, Sud je mogao poći od Medisonovog (*James Madison*) zaključka da je u federalnim državama demokratski legitimitet uvek zasnovan na kombinaciji proporcionalnog principa i principa jednake zastupljenosti.⁷⁷ Problem je, međutim, što to, samo po sebi, ne bi dovelo do osnovnog (nespornog) zaključka Suda da Ugovor iz Lisabona nije stvorio saveznu državu. Takav zaključak Sud je mogao da usvoji i da je u odnosu na EU naglasio, na primer, nedostatak jedinstvenog poreskog sistema, jedinstvene vojske i isključivog ovlašćenja za zaključivanje međunarodnih ugovora u ime država članica sa ostatkom sveta. Mogao je i da naglasi da Ugovor iz Lisabona donosi pojačanu uloga nacionalnih parlamenata u legislativnom procesu na nivou Unije, kao i u procesu kontrole primene načela supsidijarnosti, što govori o tome da države članice nisu ni želele da njegovim usvajanjem stvore saveznu državu (da li su, ipak, želele da eventualno otvore put nekom novom obliku političke vladavine čija bi osnova bila transnacionalni federalizam, pitanje je za neke druge rasprave). Umesto toga, Sud je izabrao tradicionalnu tehniku osporavanja demokratskog legitimiteta Evropskom parlamentu, kako bi na taj način osporio evolutivni, antirevolucionarni, ali u osnovi *konstitucionalni* karakter Unije i zaustavio jačanje federalnih elemenata u daljem procesu evropskih integracija. Zaključci Suda, čije navođenje sada sledi, svedoče u prilog tome.

5.3. ŠTA BI BILO KAD BI BILO...

U *Odluci o Ugovoru iz Matrihta* Sud je mudro izbegao da razmatra direktno pitanje – da li bi postojanje federalne države Evrope bilo u suprotnosti sa Osnovnim zakonom, iako je politička klima bila tada naklonjenija takvoj debati. U *Lisabonskoj odluci* Sud, međutim, nije ispoljio uzdržanost koja se očekuje od jednog sudskog tela. Time je Sud iznenadio mnoge, s obzirom na to da su, i pre neuspeha Ustava za Evropu, odnosno posle proširenja iz 2004. godine, utihnula zalaganja za stvaranje jedinstvene države Evrope sa federalnim uređenjem kao njenom osnovom. Sud se, međutim, upustio u predviđanje budućnosti, a njegovi stavovi u tom delu odluke posebno su problematični zbog tumačenja tzv. „klauzule večnosti“ u svrhu kontrole daljih evropskih integracija, ali i samog nemačkog naroda kao *pouvoir constituant*.⁷⁸

76 Daniel Halberstam and Christoph Möllers, *op. cit.*, str. 1248.

77 James Madison, *Federalist no. 62 (The Senate)*, u: Hamilton, A., Madison, J., and Jay, J., *The Federalist Papers*, Bantam Books, New York 1982, str. 312–318.

78 *Lisabonska odluka*, par. 216–217.

Kao što sam već navela, Sud je odbio prigovor da je Ugovorom iz Lisabona stvorena federalna država Evropa. Ako bi evropske integracije ipak dobile drugi tok, koji vodi ka stvaranju takve države, to bi onda, po mišljenju Suda, zahtevalo: (a) da se Nemačka odrekne svog državnog suvereniteta; (b) postojanje demokratskog legitimiteta na nivou Unije koji korespondira onom u suverenim državama, a koji se ne može zasnivati na postojećim ustavnim porecima država članica; i (c) u skladu s tim, slobodnu odluku nemačkog naroda koja se ne može bazirati na sadašnjem Osnovnom zakonu, a koji deluje kao novi *pouvoir constituant*.⁷⁹ Međutim, kaže Sud, ispunjenje ovih uslova nije moguće jer su stepen i obim evropskih integracija ograničeni „ustavnim identitetom“, odnosno „državnim suverenitetom“ čija je nepromenljivost garantovana članom 79. stav 3. Osnovnog zakona.⁸⁰ Da pogledamo šta su konsekvence ovog zaključka.

Sud tvrdi da Osnovni zakon ne samo što pretpostavlja nego i garantuje državni suverenitet: „klauzulom večnosti“ zabranjene su promene Osnovnog zakona koje bi značile gubitak suvereniteta.⁸¹ Kako Osnovni zakon nigde ne pominje suverenitet (osim što u članu 20. stav 2. navodi da državna vlast potiče od naroda), postavlja se pitanje kako Sud shvata ovaj koncept na koji se, inače, oslanja cela *Lisabonska* odluka.⁸² Iako je i po ovom pitanju nekonzistentan, očigledno je da Sud spaja izbornu demokratiju i suverenitet, da bi relativno kasno (par. 340) objasnio da suverenitet predstavlja pravo naroda da donosi konstitutivne odluke koje se tiču osnovnih pitanja kao što je njegov sopstveni identitet. U Odluci se takođe navodi da se pravo građana da na principima jednakosti i slobode odrede javnu vlast temelji na ljudskom dostojanstvu i predstavlja osnovni element demokratije.⁸³

Prema tome, logično bi bilo da sam nemački narod slobodno i demokratski odluči da li će deo svog suvereniteta, tj. identiteta preneti na tu pretpostavljenu federalnu državu Evropu. „Ustavni identitet“, objašnjava Sud, uključuje institute i vrednosti garantovane članovima 1. do 20. Osnovnog zakona i to: demokratsko načelo o slobodnim izborima, vladavinu prava, federalno uređenje, načelo socijalne države i osnovna ljudska prava.⁸⁴ Dakle, ako bi želela da se pridruži Uniji čija bi osnova bila federalna država,

79 *Ibid.*, par. 263.

80 *Ibid.*, par. 216.

81 *Ibid.*

82 Koren reči suverenitet – „suveren“ – pojavljuje se 49 puta u samoj *Lisabonskoj* odluci, za razliku od *Solange I* i *Solange II* odluka gde se uopšte ne pojavljuje, kao i *Odluke o Ugovoru iz Maastrichta* gde se pojavljuje osam puta. Vid. Jo Eric Khushal Murkens, *op. cit.*, str. 538, fn. 58.

83 *Lisabonska* odluka, par. 208, 2011.

84 *Ibid.*, par 217.

Nemačka bi morala da se odrekne svog suvereniteta, tj. ustavnog identiteta, što prema sadašnjem Osnovnom zakonu nije moguće jer je reč o ustavnim garancijama koje se ne mogu menjati. „Klauzula večnosti“ ne dopušta amandmane na navedene ustavne odredbe, a Sud to tumači tako što tvrdi da konstitutivna vlast nije ovlasila narodne predstavnike niti ijedno njihovo telo da menjaju ustavni identitet. Najzad, kako se, po mišljenju Suda, demokratija ne može meriti ni sa jednim drugim pravnim interesom i kako je nepovrediva, pitanje je da li i sam nemački narod kao *pouvoir constituant* može da menja ustavni identitet svojom novom odlukom.⁸⁵ Tu se Sud, međutim, nije zaustavio. Dodao je još jedan, jednako problematičan zaključak da član 146. Osnovnog zakona, koji govori o pravu nemačkog naroda da usvoji ustav, zajedno sa odredbama o osnovnim pravima i pravima ekvivalentnim osnovnim pravima, predstavlja istovremeno ustavnu osnovu za podnošenje ustavne žalbe zbog „gubitka državnosti“.⁸⁶ Kako to lucidno primećuju Halberstam (*Daniel Halberstam*) i Melers (*Christoph Möllers*) – ako bi narod želeo demokratsku revoluciju, morao bi da pita Sud.⁸⁷

Sve u svemu, izgleda da ne postoji autoritet koji bi mogao da odobri učesće Nemačke u Uniji ako bi ona bila ustrojena kao država federalnog tipa, jer „klauzula večnosti“ ne sprečava samo diktaturu već garantuje i nepromenljivost suštinske osnove Osnovnog zakona usvajanjem novih amandmana. Drugim rečima, nemački narod je iskoristio svoje pravo na samoodređenje, odnosno na donošenje konstitutivnih odluka.

Ideja da „klauzula večnosti“ štiti suverenitet Nemačke, odnosno koncept državnosti potekla je iz akademskog pera,⁸⁸ a doktrina o neustavnosti ustavnih amandmana koji su u suprotnosti sa fundamentalnim vrednostima Osnovnog zakona je sudska konstrukcija.⁸⁹ Kao što se može pretpostaviti, obe premise su sporne.⁹⁰ I dok se oslanjanje na tradicionalnu nemačku školu mišljenja o strukturalnom suverenitetu, umesto recimo na Habermasov (*Jürgen Habermas*) „ustavni patriotizam“, može razumeti kao parohizam, oslanjanje Suda na doktrinu o neustavnosti određenih ustavnih amandmana, odnosno na „klauzulu večnosti“, zahtevalo je detaljnije obrazloženje s obzirom na protivrečnu prirodu ove klauzule. Prvo, već činjenica da Sud stopira amandmane koje usvoji parlamentarna dvotre-

85 *Ibid.*, par. 216–217.

86 *Ibid.*, par. 180.

87 Daniel Halberstam and Christoph Möllers, *op. cit.*, str. 1256.

88 *Ibid.*, str. 1255.

89 Sud je prvi put ovu doktrinu koristio u *obiter dictum* odluke I BverfGE, 14, 32 (1951), a samu doktrinu je izgleda preuzeo od Ustavnog suda Bavarske. Donald Kommers, *op. cit.*, str. 48, fn. 90.

90 Christoph Schönberger, *op. cit.*, 1208–1209.

ćinska većina izaziva podozrivost u ustavnim demokratijama. Drugo, još je Hamilton (*Alexander Hamilton*) govorio da je osnovni princip republi-kanske vlade pravo naroda da ukine ili promeni postojeći ustav kad god smatra da je nespojiv sa njegovom srećom.⁹¹ Prema tome, ako nijedna in-stitucija, koliko god da je važna, nije nepromenljiva, niti je nijedan zakon, koliko god da je fundamentalan, nepopravljiv, pitanje je da li treba tuma-čiti „klauzulu večnosti“ u smislu da je i samo njeno ukidanje (npr. putem donošenja novog ustava) nemoguće. U svojoj prethodnoj praksi, sam Sud je ovu klauzulu tumačio restriktivno i nije u tom smislu odbacio nijedan ustavni amandman.⁹²

Korišćenje „klauzule večnosti“ u svrhe militantne demokratije, tj. sprečavanja diktature može se relativno lako objasniti. Zašto, međutim, ona sprečava dalje jačanje evropskih integracija nismo čuli. Nema sum-nje da transnacionalna demokratija i transnacionalni federalizam zahteva-ju odgovarajuću legitimaciju i da je izvor te legitimacije još uvek sporan, ali ne i nemoguć. Još se ne vidi kraj problemu demokratskog deficita na nivou EU, iako svakim novim reformskim ugovorom pozicija Evropskog parlamenta vidljivo jača, a Ugovorom iz Lisabona i sama neposredna de-mokratija. Sud, međutim, nije objasnio koji nedostaci transnacionalne demokratije zahtevaju aktiviranje „klauzule večnosti“, već je postojanje je-dino mogućeg oblika demokratije vezao isključivo za tradicionalne oblike legitimizacije i model države koji ne funkcioniše ni u samoj Nemačkoj.

5.4. AFIRMACIJA DEMOKRATSKOG DEFICITA U SVRHE EVROPSKOG ANTIFEDERALIZMA

Na kraju ovog razmatranja treba dodati još jedan apsurdni zaključak Suda. Ako je demokratija nepovrediva, ne može se meriti sa drugim in-teresima i zasnovana je na načelu jednakog biračkog prava – „jedno lice – jedan glas“, kako to tvrdi Sud, postavlja se pitanje kako je opstanak Ne-mačke moguć i u današnjoj Uniji? I kako u tom kontekstu tumačiti činje-nicu da se preambula Osnovnog zakona poziva na ujedinjenu Evropu, a da njegov Evropa-član predviđa učešće Nemačke u stvaranju ujedinjene Evrope koja se, između ostalog, bazira i na demokratiji?

Odgovor Suda još jednom navodi čitaoca na podizanje obrva: „istin-ska“ demokratija može jedino postojati u državi i pretpostavlja postojanje parlamenta kao predstavničkog tela naroda, vladavinu većine i jednako biračko pravo (o neadekvatnosti ove teorije već sam govorila); budući da

91 Alexander Hamilton, *Federalist no. 78*, u: *The Federalist Papers*, *op. cit.*, str. 397.

92 Christoph Schönberger, *op. cit.*, str. 1208.

EU nije država, Evropski parlament nije predstavničko telo, a Unija nema narod – to Unija ne mora da ispunjava sve uslove demokratskog legitimiteta koji se zahteva u odnosu na državu.⁹³ Dokle god se EU bazira na poverenim nadležnostima i dok države članice ostaju „gospodari ugovora“, demokratija u Uniji može da se ostvaruje drugačije nego u državama, tvrdi Sud.⁹⁴ Drugim rečima, EU ima legitimitet baš zbog toga što „pati“ od demokratskog deficita. Ako bi stvaranjem federalne države Evrope Unija ispunila kriterijume demokratskog legitimiteta koji se traže od države, učesće Nemačke u takvoj uniji ne bi bilo moguće jer to zabranjuje ustavna „klauzula večnosti“. Kako god da se tumači, nameće se zaključak da je Sud afirmisao postojanje demokratskog deficita na nivou EU i uslovio sam opstanak Unije njegovim prisustvom.

6. ZAKLJUČAK

Konceptualizacija EU oduvek je donosila glavobolje onima koji su se latili tog poduhvata. Njena hibridna priroda, međunarodna i konstitucionalna, prepreka je njenom lakonskom svrstavanju u poznate sisteme, kako one opšteg tipa – međunarodna organizacija, država, konfederacija, federacija, tako i one specifične – regulatorna država, ekonomska unija, pravni poredak koji reguliše makroekonomska pitanja itd. Dve činjenice su, međutim, nesporne. Prvo, sistem podele vlasti, ustanovljen između EU i država članica u nekim ograničenim poljima, uzdrmao je tradicionalna shvatanja o suverenitetu, demokratiji i ustavnom identitetu, a upotrebu klasične nomenklature u odnosu na pravnu prirodu EU učinio nefunkcionalnom. Drugo, kako god da je definisali, postojeća EU nije samo prostor u kojem države članice ostvaruju svoje interese, već ona uveliko obavlja funkcije javne vlasti u odnosu na njene građane.

Prema tome, sa aspekta pravne prirode EU, *Lisabonska* odluka je bila *passee* još u momentu donošenja: Savezni ustavni sud Nemačke, oslanjajući se na nefunkcionalnu teoriju o većinskoj demokratiji i jednakom biračkom pravu zasnovanom na načelu „jedno lice – jedan glas“, pokušao je „da u tubu vrati pastu za zube“ i ospori evolutivni i antirevolucionarni proces evropskih integracija. Zanemarujući činjenicu da se pretežni deo pravnog poretka Unije bazira na kombinaciji klasičnih nacionalnih i novonastalih transnacionalnih ustavnih praksi, Sud je svoj evroskepticizam maskirao stavom da Evropska unija ne može da zadovolji tradicionalne zahteve demokratske legitimizacije. To, međutim, nije najproblematičnija

93 *Lisabonska* odluka, par. 278.

94 *Ibid.*, par. 262.

strana ove odluke. Mnogo veću zabrinutost izaziva činjenica da je, razmatrajući *finalités* evropskih integracija, Sud proizvoljno zatvorio jednu demokratsku političku opciju nemačkom narodu kao konstitutivnoj vlasti, odnosno doveo u pitanje mogućnost njegovog slobodnog pristupanja nekoj čvršćoj transnacionalnoj demokratskoj uniji, ma koliko takva unija u ovom trenutku izgledala nedostižna. *Lisabonska* odluka će zbog toga biti mnogo manje upamćena kao primer sudskog aktivizma (*judicial activism*) a mnogo više kao primer sudske tiranije (*judicial tyranny*).

WHO'S AFRAID OF FEDERAL EUROPE? SOME CRITICAL REMARKS ON THE GERMAN CONSTITUTIONAL COURT'S LISBON DECISION

Violeta Beširević

SUMMARY

Ever since the EU has been established, the issue of what is and what is not European Union, is a subject of vivid academic discussion. Generally, the different characterization of the legal nature of the EU falls under three main categories. First, some authors claim that the EU is a treaty based intergovernmental organization. Second, many argue that the EU is a state-like entity. Among them, some claim that it has already acquired characteristics of a federal state. Third, there are authors who support „something else“ approach, asserting either that the EU is of *sui generis* nature or that it is a unique form of constitutionalism or that it represents a model of supranational or transnational federalism.

This paper examines the approach taken by the German Federal Constitutional Court in its 2009 *Lisbon* decision. In this widely criticized judicial ruling, the Court, as in the *Maastricht* case, continued to speak about the EU in terms of an intergovernmental organization and an association of states (*Staatenverbund*). It held that the EU is not a (federal) state since it lacks state authority, territory and people. Relying on its self-proclaimed theory on majoritarian and egalitarian democracy, the Court attempted to „put toothpaste back in the tube“ and overlooked evaluative, antirevolutionary character of the European integration, mostly based on combination of national and transnational constitutional practices. The Court masked its own Euroscepticism by claiming that the EU could not satisfy traditional requirements of democratic legitimization. However, this is not the most problematic part of the holding. Although it had not been asked, the Court also ruled out a possibility of an integration of Germany into a federal Europe, apparently even in the case that the German people as

pouvoir constituant decided so. It identifies the „eternity clause“, embodied in article 79 (3) of the Basic Law, as a main obstacle for such integration. The Court asserted that membership of Germany in federal state of Europe would violate the principles of democracy (expressly guaranteed by the Basic Law) and state sovereignty (which is not an express subject of the constitutional protection). Thus, from a pure militant democracy measure, the „eternity clause“ has become a measure to limit the European integration, which is at least a disputable if not a completely wrong interpretation of Article 79 (3) of the Basic Law. Finally, what mostly worries here is the fact that the Court openly expressed its intention not only to control the limits of the European integration, but also to control the *pouvoir constituant* should German people decide one day to join a federal state of Europe, even if this political option does not look today as a serious one. Arguably, the Lisbon decision with its democracy-foreclosing outcome overcomes the acceptable limits of judicial activism and represents an example of judicial tyranny.