

ČLANCI - ARTICLES

Siniša RODIN*

UDK: 342.228.0(4-672EU)

str. 5-39.

USTAVNI PROTEKCIONIZAM I NACIONALNI IDENTITET

Sažetak

Cilj je ovog rada istražiti odnos između nacionalnih mjera kojima države članice Europske unije ograničavaju tržišne slobode i Ugovornog jamstva nacionalnog identiteta iz čl. 4(2) UEU. Problem bi se mogao sažeti na slijedeći način. Široka definicija nacionalnog identiteta negativno utječe na jednaku primjenu i učinkovitost prava EU. S druge strane, uska definicija odriče čl. 4(2) korisni učinak. U pokušaju pronalaženja optimalnog dosega ove norme, prikazati ću njenu funkciju i značaj u praksi Europskog suda, te raspraviti pitanje je li stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona došlo do kakvih promjena.

S tim ciljem na umu, najprije ću pokušati razjasniti koncept nacionalnog identiteta i, preciznije, nacionalnog ustavnog identiteta. Drugo, prodiskutirati ću praksu Europskog suda prije stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona i sugerirati da se ona razvila tijekom tri različite evolucijske faze. U prvoj fazi Europski sud je koncept nacionalnog identiteta primjenjivao implicitno, u drugoj je fazi razvio doktrinu margine diskrecije, dok je u trećoj fazi počeo diferencirano primjenjivati različiti intenzitet sudbenog nadzora. U trećem dijelu razmotriti ću je li nakon stupanja na

* Jean Monnet Chair, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet. Engleska verzija ovog rada objavljena je u Vol. 7 CYELP (2011)

snagu Ugovora iz Lisabona došlo do važnijih zaokreta u praksi Europskog suda, te ću sugerirati da se njegov opći interpretativni pristup nije značajnije promijenio. U četvrtom, završnom dijelu, vratiti ću se problemu diferenciranog pristupa nacionalnim zahtjevima za priznavanjem nacionalnog ustavnog identiteta, te zaključiti da je u praksi Europskog suda došlo do bifurkacije, odnosno, do razlikovanja situacija u kojima Europski sud prepušta odluku nacionalnim sudovima ili parlamentima od situacija u kojima Europski sud zahtjev nacionalnog identiteta razumije kao tek jedno od mogućih opravdanja nacionalnih (moguće protekcionističkih) mjera kojima države članice ograničavaju tržišne slobode. Odatle i naslov ovog rada – ustavni protekcionizam – kojime sam pokušao izraziti bit navedenog razlikovanja između jezgre sadržaja nacionalnog identiteta i pokušaja njegovog prizivanja u protekcionističke svrhe.

ŠTO JE TO NACIONALNI IDENTITET?

Kako je primjetio nezavisni odvjetnik Maduro, nacionalni identitet čini dio prava Europske unije od samoga početka.¹ Jamstvo nacionalnog identiteta prisutno je u temeljnim ugovorima od stupanja na snagu Ugovora iz Maastrichta koji je u čl. F(1) UEU propisivao da Unija "... poštuje nacionalne identitete svojih država članica čiji su sustavi vlasti utemeljeni na načelima demokracije." Ova je odredba naknadno renumerirana i reformulirana, te je postala čl. 6(3) Ugovora iz Amsterdama koji je propisivao, tek ukratko, da "Unija mora poštivati nacionalne identitete svojih država članica."

Čl. I-5 Ugovora o Ustavu za Europu² ponovno je reformulirao odredbu o nacionalnom identitetu, te joj dao izričaj koji je kasnije doslovce prepisan u čl. 4(2) UEU temeljem Ugovora iz Lisabona. Navedena odredba glasi:

"Unija poštuje jednakost država članica pred Ugovorima, kao i njihove nacionalne identitete, koji su neodvojivo povezani s njihovim temeljnim političkim i ustavnim strukturama, uključujući regionalnu i lokalnu samoupravu. Ona poštuje njihove temeljne državne funkcije, uključujući osiguranje teritorijalne cjelovitosti države, očuvanje javnog poretka i zaštitu nacionalne sigurnosti. Nacionalna sigurnost posebice ostaje isključiva odgovornost svake države članice."³

¹ Mišljenje n.o. Madura u predmetu C-213/07, *Michaniki AE v Ethniko Symvoulio Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias*, (2008) ECR I-9999, § 31 Mišljenja.

² U Hrvatskoj preveden i objavljen u izdanju HAZU, 2006. godine.

³ Hrvatski prijevod dostupan na <http://ccvista.taieix.be/download.asp>

Kada se uspoređi s ranijim ugovornim izričajima nacionalnog identiteta, čl. 4(2) govori o "... temeljnim političkim i ustavnim strukturama, uključujući regionalnu i lokalnu samoupravu", dok je raniji tekst općenito upućivao na nacionalne identitete. Čini se da dodana vrijednost novog izričaja, koji se pripisuje g. Henningu Christophersonu, predsjedavajućem Radne skupine V, Europskog konventa, leži u izričitom navođenju nacionalnog ustavnog identiteta, što god taj pojam značio.⁴ Na neki način taj izričaj koji je sadržan već u čl. I-5 Ugovora o ustavu za Europu predodredio je i sadržaj čl. 4(2) UEU.

Rječnik Merriam Webster određuje identitet kao "... istost u svemu što čini objektivnu realnost neke stvari" i "... stanje bivanja istim s nečim što se opisuje ili tvrdi." Ukratko, identitet se može opisati kao stanje bivanja istim s nekom drugom stvari, te u isto vrijeme različitim od svega ostaloga. Riječ "nacionalni" odnosi se na nacionalne države članice Europske unije. Riječ "poštuje" i izraz "koji su neodvojivo povezani s njihovim temeljnim političkim i ustavnim strukturama" znači da regulatorne ovlasti država članica moraju uživati imunitet od mogućeg zadiranja prava Europske unije. Ukupno uzevši, čini se da izričaj čl. 4(2) TEU štiti pravo država članica i njihovih građana⁵ da, neovisno od prava EU, odrede bitne elemente svog ustavnog i političkog poretka koji ih čini jedinstvenima i istovremeno različitima od bilo koje druge

⁴ Europska konvencija koja je pripremila tekst Ustavnog ugovora raspravljala je o većem broju prijedloga o tome što bi valjalo izričito navesti kao dio nacionalnog identiteta. Prijedlozi su uključivali: "constitutional and political structures including regional and local self-government and the legal status of churches and religious bodies" (Altmeier), kao i "... language, national citizenship, military service, the educational systems, the welfare-systems including the public health systems, the system for personal taxation, the right of abortion...". Vidi The European Convention, The Secretariat, Working Group V, Working Document 28, paper of the Chairman Mr. Henning Christophersen, on priority issues regarding complementary competence (circulated at the last meeting of WG V on 6 September 2002), Brussels 24. September 2002. Von Bogdandy i Schill nazivaju klauzulu nacionalnog identiteta po predsjedatelju radne skupine – Klauzula Christophersen. A. von Bogdandy and S. Schill, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, 48 *Common Mkt. L. Rev* (2011) 1417

⁵ Von Bogdandy i Schill razlikuju objektivno i subjektivno shvaćanje nacionalnog identiteta. Prvo se temelji na objektivnim kriterijima poput zajedničkog jezika, povijesti i političkih institucija, dok je drugo određeno "voljom pojedinaca da pripadaju zajednici." Von Bogdandy i Schill, *supra*, bilješka 2 na str. 1430. Praksa Europskog suda koja se temelji na čl. 4(2) UEU čini se da štiti objektivni nacionalni identitet kako ga definira nacionalno pravo i nacionalne institucije. Kada bi se interpretacija proširila na subjektivni aspect, izbor pojedinca da pripada nekoj zajednici postao bi subjektivnim pravom zaštićenim pravom EU.

države članice, kao i od Europske unije u cjelini. Takvi bitni elementi tvore specifični sadržaj pojma *nacionalni ustavni identitet*.

ČL. 4(2) UFEU I VRIJEDNOSTI IZ ČL. 2 TEU

Jedan dio nacionalnog identiteta država članica konstruira se nasuprot ostatku svijeta. Naime, činjenicom da je neka država u članstvu EU diferencira je od svih država koje to nisu,⁶ te članstvo u EU postaje dijelom nacionalnog identiteta takve države.⁷ U normativnom smislu, prihvaćanje određenih vrijednosti koje su specifične za EU pridonosi jedinstvenosti nacionalnih identiteta država članica. Upravo zbog članstva u EU uzima se da nacionalni identiteti država članica sadrže vrijednosti navedene u čl. 2 UEU, a to su vrijednosti na kojima se EU temelji. Kako ta odredba propisuje:

"Unija se temelji na vrijednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokracije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina. Te su vrijednosti zajedničke državama članicama u društvu u kojem prevladavaju pluralizam, nediskriminacija, tolerancija, pravda, solidarnost i ravnopravnost žena i muškaraca."

Poštivanje navedenih vrijednosti je nužni uvjet za članstvo u EU, a jednom kada država postane članicom, njihovo poštivanje smatra se oborivom presumpcijom koja se može osporavati isključivo temeljem postupka propisanog čl. 7 UEU. Može se reći da čl. 2 definira one elemente nacionalnog identiteta koji su istovremeno postulirani članstvom u EU i bez kojih niti države članice, niti Unija ne mogu biti legitimne.

Ipak, koncept nacionalnog identiteta je širi od vrijednosti zapisanih u čl. 2 UEU. Elementi nacionalnog identiteta, uključujući i ustavni identitet, poput, temeljnih ustavnih i političkih struktura, teritorijalna cjelovitost, javni poredak i nacionalna sigurnost, konstruiraju se neovisno o EU na nacionalnoj razini. Drugim riječima, nije nužno da se nacionalni identitet i Europske vrijednosti preklapaju. Ipak, normativni je zahtjev članstva u EU da čak i oni elementi nacionalnog identiteta koji se konstruiraju neovisno o i bez obzira na kontekst Europske unije, moraju biti u skladu s vrijednostima iz čl. 2 UEU. U odsustvu tog zahtjeva, kako nas uči povijest XX. stoljeća, temeljene

⁶ Pojam "otherness" važan je u konstrukciji identiteta. Vidi npr. Wojciech Sadurski, *European Constitutional Identity?* EUI Working Papers, LAW No. 2006/33, na str. 7-8.

⁷ Von Bogdandy i Schill, *supra*, bilješka 2 na str. 1426

nacionalne političke i ustavne strukture mogle bi se iskoristiti za ostvarivanje raznih moralno problematičnih ciljeva. Imajući rečeno na umu moglo bi se zaključiti da se u okvirima članstva u EU ne tolerira bilo kakav nacionalni identitet, već samo onakav koji je u funkciji promicanja vrijednosti na kojima se EU temelji, ili takav koj je, u najmanju ruku, u odnosu na te vrijednosti neutralan.

Drugim riječima, ustavni okvir EU razlikuje između eksplicitnog "dobrog" i potisnutog "lošeg" nacionalnog identiteta, pri čemu prvi zaslužuje zaštitu, a drugi ne.⁸ To je, na kraju bilo implicitno već u čl. F(1) Ugovora iz Maastrichta koji je vezao poštivanje nacionalnog identiteta s poštivanjem načela demokracije od strane država članica.

NACIONALNI IDENTITET I DRUGE VRIJEDNOSTI ZAŠTIĆENE UGOVORIMA

Temeljni ugovori poznaju i druge zaštićene vrijednosti, poput onih zajamčenih u Dijelu I, Glava II, čl. 9 i 10 UFEU. Te odredbe sadrže vrijednosti koje se moraju poštivati pri stvaranju i provedbi politika EU i uključuju jamstva visoke razine zaposlenosti, prikladne socijalne zaštite, borbu protiv socijalnog isključivanja, visoku razinu obrazovanja, zaštitu ljudskih prava i borbu protiv diskriminacije utemeljene na spolu, etničkom porijeklu, vjeri, invaliditetu, dobi ili spolnoj orijentaciji. Funkcija tih jamstava je nejasna. Vrijednosti koje su njima zajamčene mogu stvoriti ograničenja za stvaranje nadnacionalnih politika, a većina od navedenih uživa ustavnu zaštitu na nacionalnoj razini i, moguće, tvori dio nacionalnog ustavnog identiteta.⁹

Preostaje pitanje može li pozivanje na čl. 9 i 10 UFEU proširiti regulatornu diskreciju država članica i promijeniti ravnotežu između prava EU i nacionalnog prava.

Nezavisni odvjetnik Cruz Villalon u svom Mišljenju u predmetu *Palhota*¹⁰ zastupao je shvaćanje da bi Europski sud trebao državama članicama priznati širu diskreciju kada idu za ostvarivanjem neke od vrijednosti koje su

⁸ Moglo bi se tvrditi da norma ustavnog prava koja biračko pravo dodjeljuje samo muškarcima ne bi bila zaštićena čl. 4(2) budući da je suprotna vrijednosti jednakosti zaštićene čl. 2 UEU.

⁹ Vidi npr. predmet C-271/08 *Commission v Germany*, § 43 presude u kojemu ES navodi da je pravo na radničku participaciju zaštićeno njemačkim Ustavom ali, bez obzira na to, mora se koristiti u skladu s pravom EU.

¹⁰ Vidi Mišljenje n.o. Cruz Villalona u predmetu C-505/08 *Palhota* §§ 51-53.

navedene u čl. 9 UFEU, kao što su visoka razina zaposlenosti, socijalna jamstva, borba protiv društvene isključenosti, i visoka razina obrazovanja, i zaštite zdravlja. Sukladno tome, osobito važni razlozi javnog interesa (*mandatory requirements*) koji opravdavaju odstupanje od tržišnih sloboda ne bi se više interpretirali usko. Primjerice, socijalna zaštita radnika trebala bi biti uzeta u obzir pri provedbi testa proporcionalnosti kojime bi se prosuđivalo jesu li nacionalne mjere koje ograničavaju slobodu kretanja usluga opravdane. Tako bi države članice imale pravo zadržati svoja vlastita shvaćanja socijalne politike kojom se, navodno, pruža prikladna socijalna zaštita, te bi na taj način mogle suziti područje primjene tržišnih sloboda. U biti, to nije različito od tvrdnje da visoka razina socijalne zaštite čini dio nacionalnog identiteta države što, ponovno, opravdava odstupanje od tržišnih sloboda.

U predmetu *Palhota* postavilo se pitanje može li nacionalna mjera koja poslodavcu s poslovnim nastanom u jednoj državi članici koji odašilje radnike na područje druge države članice propisuje obavezu da pošalje prethodnu izjavu o odašiljanju radnika, biti opravdana u kontekstu slobode kretanja usluga. Provodeći test proporcionalnosti Europski sud upustio se u analizu prikladnosti i nužnosti nacionalne mjere, te je utvrdio da postoji manje restriktivna alternativa koja bi se sastojala u

"... prethodnom izvješćivanju lokalnih vlasti o prisustvu jednog ili više izaslanih radnika, očekivanom trajanju njihove prisutnosti, te o pružanju usluga koje opravdava njihovu prisutnost."¹¹

Dok bi prijelog nezavisnog odvjetnika državi članici dopustio da izabere između jednako učinkovitih mjera i primjeni onu koja bolje ostvaruje cilj zaštite radnika, Europski sud je ostao pri tradicionalnom testu najmanje restriktivne alternative, tj. alternative koja je najmanje restriktivna za slobodu kretanja usluga.

Palhota je prvi¹² post-Lisabonski slučaj u kojemu je nezavisni odvjetnik, neuspješno, pokušao sugerirati drugačiji pristup odnosa tržišnih sloboda i nacionalnog prava. Europski sud nastavio je svoju raniju praksu prema kojoj se u takvim situacijama primjenjuje puni test proporcionalnosti, čak i kada se

¹¹ *Palhota*, § 51.

¹² Sličan prijedlog da bi nacionalnim sudovima trebalo ostaviti veću diskreciju n.o. Cruz Villalon je iznio a Europski sud ignorirao i u procesnom kontekstu. Vidi predmet C-173/09 *Georgi Ivanov Elchinov v Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*, još neobjavljen.

države članice pozivaju na opravdanja koja se temelje na vrijednostima o kojima govore čl. 9 i 10 UFEU. U stvari, nakon stupanja Lisabonskog ugovora na snagu Europski sud je čak i pojačao intenzitet nadzora tražeći da nacionalno zakonodavstvo koje, navodno, ide za zaštitom visoke razine zdravlja, mora biti primjenjivano na konzistentan i sustavan način.¹³

NACIONALNI IDENTITET I REGULATORNE NADLEŽNOSTI

Pravo EU ograničava regulatornu autonomiju država članica i u području nadležnosti država članica i u području nadležnosti EU. Isto vrijedi za jamstvo nacionalnog identiteta iz čl. 4(2) UEU.

Kao prvo, budući da je strukturalno smješteno u čl. 4 UEU, jamstvo nacionalnog identiteta čini dio općeg sustava suradnje između Unije i država članica. Preciznije gledano, čl. 4 UEU propisuje nekoliko različitih jamstava koja valja gledati u kontekstu čl. 5 UEU.

Prvi paragraf čl. 4 UEU je pravilo o nadležnosti.¹⁴ On propisuje rezidualne ovlasti država članica i na taj način dopunjava načelo dodjeljenih ovlasti koje je propisano u čl. 5(1) UEU. Unija se temelji na načelu dodjeljenih ovlasti, a one koje nisu dodjeljene EU ostaju državama članicama. U tom svjetlu postaje jasno da se, što se tiče nadležnosti, jamstvo nacionalnog identiteta odnosi na ovlasti koje su dodjeljene EU, ali da nije na njih ograničeno. U svojoj regulatornoj dimenziji čl. 4(2) UEU valja shvatiti kao pravilo koje ograničava primjenu dodjeljenih ovlasti ukoliko bi primjena tih ovlasti utjecala na nacionalni identitet država članica. Isto bi, vjerovatno, vrijedilo i u situacijama gdje bi korištenje ovlasti od strane EU "... imalo izvorno za svoj cilj popravljnje uvjeta za uspostavljanje i funkcioniranje unutarnjeg tržišta..." u smislu § 86 presude u predmetu *Tobacco Advertising*.¹⁵

Dodatno, ukoliko se jamstvo nacionalnog identiteta razlikuje od načela supsidijarnosti i proporcionalnosti koja su propisana čl. 5(3) i (4) UEU, tada

¹³ Spojeni predmeti C-570/07 and C-571/07 *José Manuel Blanco Pérez and María del Pilar Chao Gómez v Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (C-570/07) and Principado de Asturias (C-571/07)*, § 94, još neobjavljen. Vidi Gjermond Mathisen, Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement, 47 *CML Rev.*, (2010) 1021.

¹⁴ Čl. 4(1) UEU: "In accordance with Article 5, competences not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States."

¹⁵ Predmet C-376/98 *Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union* (2000) ECR I-8419.

ono ne može biti podvrgnuto nadzoru nacionalnih parlamentata temeljem Protokola o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti. Prihvatljiva interpretacija bila bi da je jamstvo nacionalnog identiteta valja biti primjenjivo čak i u slučajevima kada je neki zakonski prijedlog već prošao kontrolu nacionalnih parlamenata, tj. usprkos činjenici da je u skladu s načelom supsidijarnosti.

Alternativno, moglo bi se tvrditi da, s obzirom da konstrukcija nacionalnog identiteta pripada državama članicama, ono čini sastavni dio načela supsidijarnosti. Posljedica takvog pristupa bila bi da, jednom nakon što nacionalni parlamenti nisu imali prigovora na neki akt iz perspektive supsidijarnosti, postoji pretpostavka da je norma o kojoj je riječ u skladu sa zahtjevima nacionalnog ustavnog identiteta. U parlamentarnoj praksi država članica za sada nema potvrde ni za jedan od dva navedena pristupa.

Dodatno, čl. 4(2) UEU također igra ulogu u području isključivih nadležnosti država članica. Iako bi se moglo očekivati da je u tom području to jamstvo nesporno već i zbog same naravi isključivih nadležnosti država članica, to ipak nije slučaj. Naime, postoji dobro ustaljena praksa Europskog suda koja govori da čak i u područjima isključivih nadležnosti država članica, poput uređenja građanskog statusa¹⁶ ili visokog obrazovanja,¹⁷ takva isključiva nadležnost ne smije biti iskorištena suprotno pravu EU.

Najnoviju potvrdu takve prakse nalazimo u predmetu *Rottman* u vezi s pravnim uređenjem nacionalnog državljanstva.¹⁸ U tom je predmetu, kojega su i nacionalni sud koji je uputio prethodno pitanje i nezavisni odvjetnik, shvatili kao predmet u kojemu se odlučuje o nacionalnom identitetu,

¹⁶ Predmet C-267/06 *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* (2007) ECR I-1757, § 55: "... civil status and the benefits flowing therefrom are matters which fall within the competence of the Member States and Community law does not detract from that competence. However, it must be recalled that in the exercise of that competence the Member States must comply with Community law and, in particular, with the provisions relating to the principle of non-discrimination."; predmet C-372/04 *Watts* (2006) ECR I-4325, § 92, i predmet C-444/05 *Stamatelaki* (2007) ECR I-3185, § 23, predmet 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (1979) ECR 649, § 8, predmet C-76/05 *Schwarz and Gootjes-Schwarz* (2007) ECR I-6849, § 70, spojeni predmeti C-11/06 and C-12/06 *Morgan and Bucher* (2007) ECR I-9161, § 24. Novije, predmet C-73/08, *Nicolas Bressol and Others and Céline Chaverot and Others v Gouvernement de la Communauté française*, § 28.

¹⁷ *Bressol*, supra bilješka 16

¹⁸ Predmet C-135/08, *Janko Rottman v Freistaat Bayern*, (2010) ECR I-1449.

Europski sud je priznao regulatornu nadležnost države članice ali je bez obzira na to potvrdio svoju ustaljenu praksu temeljem koje su države članice vezane pravom EU čak i u području svoje isključive nadležnosti.¹⁹ Temeljem te prakse postaje jasno da pozivanje na čl. 4(2) u području isključive nadležnosti država članica ima istu funkciju kao i u drugim područjima nadležnosti.

Obaveza država članica da poštuju pravo EU prisutna je i u području nacionalnog procesnog prava gdje se obično uzima da države članice uživaju nacionalnu procesnu autonomiju koja je ograničena tek načelima učinkovitosti i ekvivalencije. Ipak, kako ističe Bobek, takva nacionalna procesna autonomija u stvarnosti ne postoji, budući da je i nacionalno procesno pravo podvrgnuto sudbenom nadzoru Europskog suda.²⁰ Nedvojbeno, tvrdnje da određene karakteristike nacionalnog procesnog prava predstavljaju dio nacionalnog identiteta podjednako su osuđene na propast²¹ što potvrđuje i presuda Europskog suda u predmetu *Elchinov*.²²

Postoji više presuda Europskog suda koje su razmatrale koncept nacionalnog identiteta, a koje su bile smještene u područje isključive nadležnosti država članica. U njima je Europski sud odlučivao o pravu na život, ljudskom dostojanstvu, državljanstvu školskih nastavnika, državljanstvu notara, republikanskom obliku vladavine, korištenju nacionalnog jezika, građanskom statusu, te pravnom uređenju postupka pred ustavnim sudom. Upravo u području isključive nadležnosti zahtjevi za priznavanjem nacionalnog ustavnog identiteta bili su više izraženi, te se može očekivati da će se usklađivanje između tržišnih sloboda i zahtjeva nacionalnog identiteta

¹⁹ *Rottman, supra*, bilješka 18, § 41: "Nevertheless, the fact that a matter falls within the competence of the Member States does not alter the fact that, in situations covered by European Union law, the national rules concerned must have due regard to the latter..." and § 45: "Thus, the Member States must, when exercising their powers in the sphere of nationality, have due regard to European Union law..."

²⁰ Michal Bobek, Why There Is No Principle Of "Procedural Autonomy" of the Member States, forthcoming in Bruno de Witte and Hans Micklitz (eds), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, (Antwerp, Intersentia 2011).

²¹ Ipak, Europski sud pokazuje spremnost dopustiti marginu diskrecije na implicitan način. Vidi predmet C-291/09 *Francesco Guarnieri & Cie*, još neobjavljen, gdje je Europski sud zauzeo shvaćanje da je norma nacionalnog prava "...purely procedural and its purpose is not to regulate trade in goods." Vidi § 16 of the judgment. Sukladno tome, učinak nacionalne procesne norme bio je "too uncertain and indirect."

²² *Elchinov, supra* bilješka 12.

odvijati u uvjetima koje su 2008. godine naznačili Roman Herzog i Lüder Gerken,²³ pišući povodom sporne presude Europskog suda u predmetu *Mangold*.²⁴ Problem se može opisati na slijedeći način: ili će Europski sud početi ograničavati svoju praksu, ili će nacionalni ustavni sudovi morati početi ozbiljnije pristupati zaštiti nacionalnog ustavnog identiteta.

NACIONALNI IDENTITET PRIJE UGOVORA IZ LISABONA

Može se reći da je praksa Europskog suda o nacionalnom identitetu prije stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona evoluirala u tri faze. U prvoj fazi, nacionalni identitet nije bio prepoznat kao samostalna kategorija, već implicitno, u situacijama kada su države članice inzistirale na primjeni nacionalnih standarda zaštite temeljnih prava. Druga faza uslijedila je u ranim devedesetima i karakterizira je razvoj koncepta margine diskrecije. Treća pred-lisabonska faza rezultirala je priznanjem da nacionalni ustavni identitet nije apsolutan. Ta treća faza najavila je kasniju diferencijaciju nacionalnih ustavnih pravila u dvije kategorije: temeljnih ustavnih odredbi koje "zaslužuju" da o njima odlučuju nacionalni sudovi, te ostalih ustavnih odredbi prema kojima Europski sud postupa kao prema običnim nacionalnim opravdanjima nacionalnih mjera kojima se ograničavaju tržišne slobode.

Rana praksa Europskog suda o nacionalnom identitetu

Praksa Europskog suda o nacionalnom ustavnom identitetu je bogata. Vjerovatno su najpoznatiji slučajevi koji su razvili dijalog između Europskog suda s jedne, te njemačkog (predmeti *Solange I*, *Solange II* i *Maastricht*)²⁵ i talijanskog (predmet *Frontini*)²⁶ ustavnog suda, s druge strane. Talijanski

²³ Roman Herzog and Lüder Gerken, *Stop the European Court of Justice*, Zentrum für Europäische Politik, Freiburg, 2008. Izvorno objavljeno u Frankfurter Allgemeine Zeitung 8. rujna 2008. Vidi EUObserver, 11. rujna 2008., na <http://euobserver.com/9/26714>, posjećeno 8. kolovoza 2011. Ključni argument je ovaj: "...both labor market policy and social policy are still core competences of the Member States. However, this case clearly demonstrates to what extent EU regulation and EU jurisdiction nevertheless interfere in the governing of these core competences."

²⁴ Predmet C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, (2005) ECR I-9981.

²⁵ *Solange I*, BVerfGE 37, 271; *Solange II*, BVerfGE 73, 339; *Maastricht*, BVerfGE 89, 155.

²⁶ Corte Costituzionale, Predmet no. 183/73, *Frontini v. Ministero delle Finanze*, in Andrew Oppenheimer, *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases* (eds), Cambridge University Press, 2005.; Marta Cartabia, *Nuovi sviluppi nelle 'competenze comunitarie' della Corte costituzionale, nota a sentenza n. 232 del 1989*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, 1012.

ustavni sud razvio je doktrinu "*controlimiti*" koja govori da transfer suverenosti na nadnacionalne institucije ne može biti neograničen, te da ne smije "... kršiti temeljna načela Ustava ili neotuđiva ljudska prava." Ova je doktrina poznata i pod imenom "*Frontini*".

Njemačka i talijanska reakcija bila je izazvana tada nastajućom doktrinom nadređenosti koja je nakon što ju je Europski sud oglosio u predmetu *Costa v. ENEL*²⁷ još jasnije formulirana u predetu *Internationale Handelsgesellschaft* gdje je Europski sud odlučio:

"... valjanost mjere prava Zajednice ili njeni učinci u državama članicama, ne mogu biti narušeni tvrdnjama da je ta mjera suprotna bilo temeljnim pravima kako su formulirana ustavom te države, bilo načelima nacionalne ustavne strukture."²⁸

Europski sud nastavio je ovu liniju prakse i u slijedećim presudama. Primjerice, u slučaju belgijske flamanske vlade,²⁹ flamanska je vlada pokušala opravdati diskriminaciju pozivajući se na nepostojanje regulatorne nadležnosti koja, prema Belgijskom ustavu pripada saveznoj vladi. Europski sud odbacio je taj argument rekavši da:

"... država članica ne može se pozivati na odredbe, praksu ili situacije koje postoje u nacionalnom pravnom poretku, uključujući i one koje proizlaze iz ustavnog ustrojstva te države, kako bi opravdale propust da ispune obaveze koje nastaju temeljem prava Zajednice."³⁰

Nezavisna odvjetnica Sharpston ispravno je ukazala na čl. 27 Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969. godine koja određuje da se "... stranka ne može pozivati na odredbe svog unutarnjeg prava kao opravdanje za neispunjenje ugovornih obaveza."³¹ Danas je široko prihvaćeno da se Bečka

²⁷ BVerfGE 37, 271, 2 BvL 52/71.

²⁸ Predmet 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (1970) ECR 1125.

²⁹ Predmet C-212/06 *Government of Communauté française and Gouvernement Wallon v Gouvernement flamand* (2008) ECR I-1683.

³⁰ *Id.* § 58. Vidi i predmet C-87/02 *Commission v Italy* (2004) ECR I-5975, § 38; Predmet 69/81 *Commission v Belgium* (1982) ECR 163, § 5; Predmet C-323/96 *Commission v Belgium* (1998) ECR I-5063, § 42; Predmet C-236/99 *Commission v Belgium* (2000) ECR I-5657, § 23, and Predmet C-111/00 *Commission v Austria* (2001) ECR I-7555, § 12.

³¹ Vidi bilješku 57 u Mišljenju n.o. Sharpston u predmetu C-212/06.

konvencija odnosi i na nacionalno ustavno pravo.³² Ipak, njemačko inzistiranje na visokim standardima zaštite temeljnih prava dovelo je do razvoja važne prakse Europskog suda te, konačno, do prihvatanja Povelje temeljnih prava Europske unije.

Druga faza: margina diskrecije

U određenim područjima prava EU države članice uživaju marginu diskrecije. U takvim područjima države članice mogu opravdati derogacije od prava EU ukoliko dokažu da je to opravdano nekim legitimnim regulatornim ciljem.³³

Kako bi opravdale neki regulatorni cilj, države članice mogu se pozivati na različite interese koje definiraju same, a koji ne moraju biti zajednički drugim državama članicama. Takvi interesi ne smiju biti suprotni vrijednostima EU i moraju položiti test proporcionalnosti.

Za potrebe ove rasprave čini se korisnim razlikovati dvije različite vrste diskrecije. S jedne strane, imamo diskreciju kojom se države članice koriste kada provode pravo EU, osobito direktive. Takvom diskrecijom koristi se zakonodavna grana vlasti³⁴ ili nacionalni sudovi kada interpretiraju

³² U pogledu nacionalnog ustavnog prava André de Hoogh upozorava na povijest nastanka čl. 27 Bečke konvencije koja "... confirms that the reference to internal law comprises the constitution of a State party. In fact, the amendment proposed by Pakistan initially claimed "[e]very treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith, and no party may invoke the provisions of its constitution or its laws as an excuse for its failure to perform this duty" (Vienna Conference, Documents, p. 145; adopted: 55 in favor, none against, 30 abstentions (Vienna Conference, First Session, p. 158)). Though certain hesitations may be observed on the part of the participants in the Vienna Conference in 1968-1969 to support the resulting provision (adopted: 73 in favour, 2 against, 24 abstentions; Vienna Conference, Second Session, p. 54), as to this particular point, the provision did find favor and only two States (Venezuela and Iran) expressed their opposition suggesting the primacy of their constitutional law over treaties. Two States (Venezuela and Guatemala) specifically attached reservations on this point, against which objections have been raised by certain other States...". Vidi André de Hoogh, *The Relationship between National Law and International Law in the Report of the Georgia Fact-Finding Mission*, at www.ejiltalk.org.

³³ U područjima koja nisu u dosegu prava EU ne može se govoriti o diskreciji, ali države članice i ondje imaju obavezu uzimati u obzir pravo EU.

³⁴ Vidi npr. spojene predmete C-482/01 i C-493/01 *Georgios Orfanopoulos and Others and Raffaele Oliveri v Land Baden-Württemberg*, (2004) ECR 5257, § 114; predmet C-271/91 *Marshall* (1993) ECR I-4367, § 37, i spojeni predmeti C-397/01 to C-403/01 *Bernhard Pfeiffer, and others* § 105

nacionalno pravo.³⁵ Situacija poznata iz predmeta *Van Duyn* gdje je državna uprava morala interpretirati koncept javnog interesa također pripada u ovu vrstu. Ta vrsta diskrecije ne daje državama članicama dopusnicu za odstupanje od prava EU već, upravo suprotno, diskreciju da interpretiraju nacionalno pravo u skladu s pravom EU i na taj način pronađu interpretaciju koja pravu EU najbolje pristaje.³⁶

Druga vrsta diskrecije ima ustavnu važnost i odnosi se na potencijalno suprotstavljene nacionalne i europske vrijednosti. U slučaju kada se norma prava EU i norma nacionalnog prava razlikuju, jedna mora ustuknuti pred drugom. U takvim situacijama i EU i država članica ističu normativni zahtjev da europsko, odnosno, nacionalno pravilo, ili vrednota, kontrolira situaciju. Kada dva pravila ili vrednote koegzistiraju bez neposrednog rješenja koje ima prednost, možemo govoriti margini diskrecije.

Europski sud do sada je priznavao marginu diskrecije na izričit i na implicitan način. Primjere izričite margine diskrecije nalazimo u predmetima *Schmidberger*³⁷ i *Omega*.³⁸ Primjere implicitnog priznavanja margine diskrecije nalazimo u predmetima *SPUC v. Grogan*³⁹ i *Melki and Abdeli*.⁴⁰

Implicitnu marginu diskrecije najbolje ilustrira predmet *SPUC v. Grogan* gdje je Europski sud morao razrješiti napetost između nacionalne ustavne norme koja definira pravo na život i norme prava EU koja jamči slobodu kretanja usluga. Kako je dobro poznato, ta je napetost rješena na način da je Europski sud odlučio da sporna situacija ne ulazi u doseg prava EU. Važnost presude u ovom predmetu je u tome što naglašava dobro poznatu činjenicu da nacionalne ustavne norme mogu izbjeći nadzor Europskog suda ukoliko su

³⁵ Predmet C-208/05 *ITC Innovative Technology Center GmbH v Bundesagentur für Arbeit*, (2007) ECR I-181, §§ 68 i 69. Europski sud dopustio je diskreciju nacionalnog suda da interpretira nacionalno pravo u skladu s pravom EU.

³⁶ Predmet 41/74 *Yvonne van Duyn v Home Office*, (1974) ECR 1337, § 18; Predmet 30/77, *Régina v Pierre Bouchereau*, § 34, (1977) ECR 1999.

³⁷ Predmet C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich, (2003) ECR I-5659.

³⁸ Predmet C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, (2004) ECR I-9609.

³⁹ Predmet C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan and others* (1991) ECR 4685.

⁴⁰ Spojeni predmeti C-188/10 and C-189/10 *Aziz Melki and Sélim Abdeli*, još neobjavljeno.

izvan dosega prava EU. Ipak, nedugo nakon presude, Irska je uspjela u Ugovor iz Maastrichta unijeti posebni protokol temeljem kojega:

"Ništa u Ugovoru o Europskoj uniji ili u Ugovorima o osnivanju Europskih zajednica... .. ne utječe na primjenu čl. 40.3.3. Ustava Irske u Irskoj."⁴¹

Ovaj Protokol ima značaj ustavnog amandmana čija je svrha spriječiti situacije u kojima bi se problem iz predmeta *Grogan* mogao pojaviti u ekonomskom kontekstu u kojemu napetost između nacionalnog ustava i prava EU ne bi mogla biti razriješena odlukom koja se temelji na funkcionalnim kriterijima.

Doista, pravila o nadležnosti i doseg prava EU mogu osloboditi Europski sud od donošenja osjetljivih odluka koje utječu na nacionalno ustavno pravo, poput upravo opisane situacije, ili one iz predmeta *Attila Vajnaj* gdje se radilo o mađarskoj zabrani javnog isticanja komunističkih simbola.⁴² Razumljivo je da bi zabrana crvene zvijezde mogla činiti dio mađarskog post-komunističkog identiteta koji se konstruira nasuprot negativnom povjesnom iskustvu, ali ne-ekonomska narav sporne aktivnosti ostavila je predmet izvan dosega prava EU.

Kako vidimo, implicitna margina diskrecije je jurisdikcijske naravi i Europski sud je kontrolira definirajući funkcionalne koncepte poput "ekonomske aktivnosti", "poduzetnika", "javne vlasti" ili "čisto unutarnje situacije."

Stvar je složenija kada se sukob ne može razriješiti jurisdikcijskim sredstvima. U takvim situacijama jedna vrijednost mora pretegnuti nad drugom. Europski sud se suočio s takvim situacijama u predmetima *Schmidberger*, *Omega and Küçükdeveci*.⁴³ U takvim se situacijama primjenjuje sljedeće opće pravilo: jednom kada se situacija nalazi u doseg prava EU, pravna norma ili opće načelo prava mogu imati prekluzivne učinke na nacionalno pravo, bilo izravno temeljem ugovora, bilo temeljem norme sekundarnog prava EU. Upravo u takvom slučaju koncept nacionalnog identiteta može naći primjenu i ograničiti prekluzivne učinke prava EU. Drugim riječima, ukoliko jamstvo nacionalnog identiteta ima ikakvu svrhu, ona će se očitovati upravo u takvim situacijama. *Hic Rhodus, hic salta!*

⁴¹ Protocol annexed to the Treaty on European Union and to the Treaties establishing the European Communities.

⁴² Predmet C-328/04 *Criminal proceedings against Attila Vajnai*, (2005) ECR I-8577.

⁴³ Predmet C-555/07 *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG.*, (2010) ECR I-365.

Tri upravo navedena slučaja međusobno se razlikuju s obzirom na zaštićenu nacionalnu vrijednost. U predmetu *Schmidberger* radilo se o slobodi okupljanja kao temeljnom pravu, u predmetu *Omega* o ljudskom dostojanstvu kao o temeljnoj ustavnoj vrijednosti, a u predmetu *Küçükdeveci* o instrumentu socijalne politike.⁴⁴ Štoviše, dok je sloboda okupljanja sloboda koju poznaju kako EU tako i sve države članice, ljudsko dostojanstvo je u relevantno vrijeme, prije stupanja na snagu Povelje temeljnih prava EU,⁴⁵ bilo specifično pravo zajamčeno ustavom SR Njemačke koje je bilo kompatibilno s vrijednostima EU,⁴⁶ ali nije bilo izričito zajamčeno u ustavima drugih država članica. Slično se može reći za mjere socijalne politike pri donošenju kojih države članice temeljem Ugovora uživaju široku marginu diskrecije. Jesu li ove razlike relevantne za određivanje širine margine diskrecije?

U sva tri navedena slučaja Europski sud inzistirao je na postojanju legitimnog cilja u nacionalnom zakonodavstvu.⁴⁷ Tako dugo dok je takav cilj suprotstavljen nekoj tržišnoj slobodi, uvjet njegove legitimnosti je sukladnost sa širim referentnim okvirom, odnosno, s općim načelima prava EU. U dva od tri navedena slučaja upravo je to bio slučaj, te su nacionalne mjere bile sukladne ili, u najmanju ruku, nisu bile suprotne s općim načelima prava EU.⁴⁸ U predmetu *Küçükdeveci*, nacionalna mjera bila je u skladu s ciljevima socijalne politike koje predviđa Direktiva 2000/78,⁴⁹ ali ne i u skladu s općenitijim referentnim pravilom – općim načelom zabrane diskriminacije. Drugim riječima, u slučaju kada norma nacionalnog prava nije sukladna s općim načelom prava EU, nacionalna norma mora biti izuzeta iz primjene.

Ukoliko čl. 4(2) UEU ima zube, oni će doći do izražaja u situacijama kada neki element nacionalnog identiteta ne koincidira sa širim referentnim okvirom EU. Znajući da je zaštita temeljnih prava dio i nacionalnog i europskog identiteta, niti *Schmidberger* niti *Omega* nisu bili takvi slučajevi. Nije to bio niti *Küçükdeveci*, ali zbog drugih razloga. Politika je varijabilni sadržaj nacionalne vlasti, a isto vrijedi i za socijalnu politiku. Izvršna grana vlasti ima diskreciju

⁴⁴ *Id.*, § 36.

⁴⁵ Povelja jamči ljudsko dostojanstvo u čl. 1.

⁴⁶ *Omega*, § 34.

⁴⁷ *Schmidberger* §§ 79 i 80; *Küçükdeveci* § 36; *Omega* § 35.

⁴⁸ *Schmidberger* §§ 71-73; *Omega* § 34.

⁴⁹ *Küçükdeveci* § 36; vidi čl. 6(1) Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2.12.2000, p. 16–22.

formulirati i provoditi politike i zbog tog razloga ne može se staviti znak jednakosti između politike i nacionalnog ustavnog identiteta. Pravo EU ne propisuje nikakav određeni smjer u kojemu bi države članice morale formirati svoje socijalne politike i ne miješa se u izbor država članica da se odrede kao države blagostanja. Istinski sukob između prava EU i nacionalnog ustavnog identiteta nastao bi samo ukoliko bi pravo EU zadiralo u temeljni ustavni izbor države članice, primjerice, da se konstituiraju u određenim društveno-ekonomskim ili političkim okvirima.⁵⁰

Da zaključim. Razdoblje u kojemu je došlo do oblikovanja koncepta nacionalnog identiteta nije urodilo preciznim određenjem tog pojma niti razrješenjem napetosti između jamstva nacionalnog identiteta i tržišnih sloboda na unutarnjem tržištu EU.

Treća faza: diferencijacija ustavnih normi

Do semantičkog vezivanja pojma nacionalnog identiteta uz ustavni identitet država članica dolazi tek nakon potpisivanja propalog Ustavnog ugovora. Ta je semantika dobila normativni karakter tek stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona.

Usporedno s inkorporacijom koncepta ustavnog identiteta u UEU počela je sazrijevati i spoznaja da ne čini baš svaka nacionalna ustavna norma sastavni dio nacionalnog ustavnog identiteta. Tako je u predmetu *Michaniki* n.o. Maduro⁵¹ zastupao shvaćanje da osporavano pravilo grčkog ustava valja shvatiti kao dio nacionalnog identiteta, dok je Europski sud zauzeo tradicionalno shvaćanje i podvrgnuo to pravilo testu proporcionalnosti.⁵² Legitimnost nacionalne ustavne norme ovisila je o mjeri u kojoj ona ide za ostvarivanjem transparentnosti i jednakog postupanja, a te su vrednote zajedničke i Grčkoj i Europskoj uniji.

Ovakav pristup Europskog suda naveo je Besselink na zaključak da "...trivijalne odredbe nacionalnog ustavnog prava – one koje ne čine dio nacionalnog ustavnog identiteta država članica – nemaju prioritet (nad pravom EU, op. SR), te prevladava uobičajena doktrina *Costa*, koja utvrđuje

⁵⁰ Moglo bi se tvrditi da bi takav sukob nastupio ukoliko bi država članica odlučila napustiti tržišno gospodarstvo što je uvjet za članstvo u EU.

⁵¹ *Michaniki*, *supra*, bilješka 1, § 33.

⁵² Vidi Vasiliki Kosta, Case C-213/07, *Michaniki AE v. Ethniko Simvoulío Radiotileorasis, Ipourgos Epikratias*, 5 Eur. Const. L. Rev., (2009) 501.

prvenstvo izravno učinkovitih pravila prava EU."⁵³ Von Bogdandy i Schill zauzimaju slično shvaćanje te smatraju da su relevantne samo "fundamentalne strukture država članica."⁵⁴ Ukoliko je takva interpretacija ispravna, tada je funkcija čl. 4(2) stvaranje referentnog okvira koji Europskom sudu služi za razlikovanje bitnih od nebitnih elemenata nacionalnih ustava. Takvo razlikovanje iziskivalo bi različiti intenzitet sudbenog nadzora. U slučaju nebitnih elemenata, Europski sud provodio bi test proporcionalnosti temeljem kojega pozivanje na nacionalni identitet ne bi predstavljalo automatsko opravdanje za ograničenje tržišnih sloboda. Pod uvjetom da je regulatorni cilj legitiman, nacionalna mjera morala bi još uvijek biti prikladna i nužna, bez obzira može li se smatrati dijelom nacionalnog identiteta ili ne.⁵⁵ Države članice uživale bi marginu diskrecije samo u mjeri u kojoj se takve nacionalne mjere mogu pomiriti sa širim referentnim okvirom prava EU.⁵⁶ U slučaju bitnih elemenata, Europski sud bi prepustio donošenje odluke nacionalnim regulatornim ili sudbenim vlastima, provodeći test proporcionalnosti sam ili prepuštajući ga nacionalnim sudovima.

U prilog takvom shvaćanju govori činjenica da je do sada Europski sud radije dopuštao marginu prosudbe u predmetima koji su se ticali jamstava temeljnih prava i nacionalnih ustavnih vrednota,⁵⁷ nego u slučajevima koji su se ticali "običnog" nacionalnog prava, pa čak i kada je riječ o dobro utvrđenim načelima građanskog prava.⁵⁸

⁵³ To je navelo Besselink da zaključuje da: "... more trivial provisions of national constitutional law – those which do not form part of the constitutional identity of the Member State – are not granted such priority, and the normal Costa doctrine of the priority of directly effective EU law prevails." Leonard F. M. Besselink, National and constitutional identity before and after Lisbon, 6 *Utrecht L. Rev.*, 3 (2010) 36, 49.

⁵⁴ Von Bogdandy and Schill, *supra*, bilješka 2 na str. 1431.

⁵⁵ Schmidberger, §§ 82-87; Küçükdeveci § 37; Omega § 36.

⁵⁶ U predmetu *Küçükdeveci* (§ 38) Europski sud ponovio je svoje shvaćanje da države članice imaju široku diskreciju u formiranju socijalne politike. U predmetu *Schmidberger* (§ 89) široka diskrecija dopuštena je nacionalnim tijelima u postizanju ravnoteže između temeljnog prava i tržišne slobode. U predmetu *Omega* (§ 31) državi je također ostavljena široka diskrecija.

⁵⁷ Za najnoviju praksu vidi C-256/11 *Dereci and others*, još neobjavljeno u ECR. Vidi osobito §§ 71-74.

⁵⁸ U predmetu *Traghetti del Mediterraneo* Europski sud isključio je mogućnost primjene nacionalnog prava koje ograničava odgovornost države za štetu zbog povrede prava EU kada štetu prouzroči nacionalni sud zadnje instance. I u takvom slučaju nacionalno pravo koje ograničava odgovornost za štetu mora biti izuzeto iz primjene.

N.o. Maduro je i sam implicitno priznao u § 33 svog Mišljenja u predmetu *Michaniki*, da neke ustavne norme jesu zaštićene jamstvom iz čl. 4(2) UEU, a neke nisu.⁵⁹ Istu misao iznijela je i n.o. Kokkot u *UGT-Rioja*,⁶⁰ gdje je interpretirala shvaćanje Europskog suda o ravnoteži između poštivanja nacionalnih ustavnih načela i poštivanja prava EU.⁶¹ Prema njenom shvaćanju, dok Europski sud poštuje lokalnu autonomiju kako je definira nacionalni ustav,

"... države članice ne smiju se sakrivati iza svog ustavnog poretka kako bi zaobišle zabranu potpora propisanu čl. 87 EZ, temeljem čisto formalnog transfera zakonodavnih ovlasti."⁶²

Europski sud ostavio je da o tome odluči nacionalni sud.⁶³

Europski sud je već 1996. godine u predmetu *Commission v. Luxembourg*,⁶⁴ priznao nacionalni identitet kao legitiman cilj, ali ga je podvrgnuo testu proporcionalnosti.⁶⁵ Sukladno tome, država članica ne može se pozivati na nacionalni identitet kako bi odstupila od tržišnih sloboda, tako dugo dok postoji manje restriktivna alternativa za ostvarivanje istog regulatornog cilja. Tezu o diferencijaciji ustavnih pravila podupire i presuda iz ožujka 2010. godine u predmetu *Rottman*.⁶⁶ U toj je presudi Europski sud sugerirao da bi:

Predmet C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA v Repubblica Italiana* (2006) ECR I-5177, § 46.

⁵⁹ Vidi § 33 Mišljenja: "It is, nevertheless, necessary to point out that that respect owed to the constitutional identity of the Member States cannot be understood as an absolute obligation to defer to all national constitutional rules." Izričaj "all national constitutional rules" implicira da postoje i takve ustavne norme koje automatski dovode do samoograničenja Europskog suda.

⁶⁰ Spojeni predmeti C-428/06 to C-434/06 *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) and Others v Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya and Others* (2008) ECR I-6747, §§ 56-57.

⁶¹ Nezavisni odvjetnik pozvao se na predmet C-88/03 *Portuguese Republic v Commission of the European Communities* (2006) ECR I-7115.

⁶² *Id.*, § 57.

⁶³ *UGT-Rioja*, *supra*, bilješka 60, § 144.

⁶⁴ Predmet C-473/93 *Commission v Luxembourg* (1996) ECR I-3207, § 35.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Predmet C-135/08, *Janko Rottman*, *supra* bilješka 18, § 25.

"... učinak pretpostavke da u pravu EU postoji obaveza uzdržavati se od oduzimanja državljanstva ostvarenog prijevarom, bio udarac u srce suverenosti država članica."⁶⁷

U svom Mišljenju u predmetu *Rottman* n.o. Maduro predložio je da ovlast oduzeti državljanstvo predstavlja "bitni element" nacionalnog identiteta države članice, budući da to utječe na sastav nacionalnog političkog tijela.

Sukladno tome, činiti nacionalno državljanstvo ovisnim o građanstvu EU bilo bi suprotno čl. 6(3) UEU (sada čl. 4(2) UEU). To slijedi, međutim, ne samo iz odredbe o nacionalnom identitetu, već iz same arhitekture građanstva EU koje je izričito učinjeno sekundarnim u odnosu na nacionalno državljanstvo. Tako je Europski sud zanemario argumente nezavisnog odvjetnika i odlučio slučaj na osnovi prekluzivnih učinaka prava EU.⁶⁸

U još novijoj praksi jamstvo nacionalnog identiteta isticano je u tzv. "bilježničkim slučajevima" u kojima je Europski sud donio presudu u svibnju 2011.⁶⁹ Argument kojega je isticalo Veliko Vojvodstvo bio je da je korištenje luksemburškog jezika:

"... nužno u obavljanju bilježničkih aktivnosti, a uvjet državljanstva ide za osiguravanjem poštivanja povijesti, kulture, tradicije i nacionalnog identiteta Luxembourg, u smislu čl. 6(3) UEU."⁷⁰

Europski sud nije bio impresioniran ovakvom argumentacijom te se pozvao na svoju raniju praksu temeljem koje nacionalni identitet može "... biti zaštićen na drugi način osim općim isključivanjem državljanstva drugih država članica."⁷¹ Zanimljivo, Europski sud je u § 124 presude citirao čl. 4(2) UEU u varijanti iz Lisabona, ali se oslonio na razloge koje je naveo u svojoj presudi iz 2006. godine, što daje naslutiti da u novoj praksi neće biti značajnih interpretativnih odstupanja u odnosu na interpretacije Ugovora iz Maastrichta, Amsterdama i Nice. Sve u svemu, države članice su se u pred-lisabonskoj eri pozivale na jamstvo nacionalnog identiteta s ograničenim uspjehom.

⁶⁷ *Id.*, § 32.

⁶⁸ *Id.*, § 41. Europski sud ostavio je provedbu testa proporcionalnosti nacionalnom sudu (§ 55).

⁶⁹ Predmeti C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08 i C-52/08 *Commission v Belgium, France, Luxembourg, Austria, Germany, Greece and Portugal*.

⁷⁰ Predmet C-52/08 *Commission v Luxembourg*, § 72.

⁷¹ *Id.*, § 124.

S jedne strane, države članice bile su uspješne u pogledu onoga što nazivam implicitnom marginom prosudbe, tj. u slučajevima kada je Europski sud odlučio da nije nadležan donijeti odluku. Tako je Europski sud otklanjajući nadležnost izbjegao odlučiti o nacionalnim vrednotama. Ipak, u materijalnom pogledu, opravdanje utemeljeno na nacionalnom identitetu bilo je manje uspješno. U slučajevima konflikta između nacionalnog identiteta i tržišnih sloboda Europski sud provodio je test proporcionalnosti, ponašajući se prema nacionalnom identitetu kao i prema svakom drugom javnom interesu.

NACIONALNI IDENTITET I UGOVOR IZ LISABONA

Kako sam naveo u uvodnom dijelu, odredba o nacionalnom identitetu bila je najprije uvedena kao dio čl. I-5 Ustavnog ugovora, da bi kasnije bila prihvaćena kao čl. 4(2) UEU.

Dok je prvi ugovorom propisani izričaj definirao taj koncept tek u osnovnim crtama, čl. I-5 UU i čl. 4(2) UEU dodali su nešto jasnoće, definirajući ga kao "temeljne političke i ustavne strukture." Gledajući zakonodavnu povijest Europske konvencije koja je izvorno formulirala tekst te odredbe, nalazimo da je Radna skupina V (komplementarne nadležnosti) u svom završnom izvješću Europskoj konvenciji⁷² naglasila da "... ta odredba nije derogacijska klauzula" i da "... države članice i dalje imaju obavezu poštivati odredbe Ugovora." Radna skupina pojasnila je svrhu odredbe koja je "... da Unija u korištenju svojih nadležnosti, ima obavezu poštivati nacionalni identitet država članica", što je podvrgnuto interpretaciji Europskog suda koji je "... konačni interpret te odredbe, u slučaju da političke institucije prekorače razumnu marginu prosudbe."⁷³

Dodatno, novo formulirani čl. 4(3) UEU uveo je uravnoteženiji pristup obavezi lojalne suradnje. Prema novom tekstu:

"u skladu s načelom iskrene suradnje Unija i države članice moraju, u potpunosti poštujući jedni druge, pomagati jedni drugima u izvršavanju zadaća koje proizlaze iz Ugovora."

Ovo nije potpuno isto što je propisivao raniji čl. 10 UEZ prema kojemu su adresati lojalne suradnje bile samo države članice. Bogata praksa utemeljena na čl. 10 UEZ dala je toj odredbi moć stvoriti posve konkretne obaveze država

⁷² CONV 375/02 REV1 WG V 14, Brussels, 4 November 2002.

⁷³ *Id.* str. 11

članica, poput obaveze interpretacije u skladu s pravom EU,⁷⁴ ili obaveze naknade štete zbog povrede prava EU.⁷⁵ Sada, po prvi puta, obaveza lojalne suradnje postaje recipročna, odnosno, istovremeno obvezuje i EU i države članice.

Čitajući §§ (2) i (3) čl. 4. UEU zajedno, postavljaju se dva pitanja. Prvo, u kojoj mjeri ove odredbe, uzete zajedno, mogu biti interpretirane na način da stvarju obavezu za EU da interpretira nacionalno pravo uzimajući u obzir nacionalni identitet te, drugo, u kojoj mjeri one ovlašćuju države članice da odstupe od prava EU pozivajući se na nacionalni identitet.

Post-lisabonska praksa Europskog suda

Pojmom nacionalnog identiteta Europski sud bavio se u dva novija predmeta koja su odlučena nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora. Presuda u predmetu *Sayn Wittgenstein* donesena je 22. prosinca 2010,⁷⁶ a u predmetu *Runevič-Vardyn* 12. svibnja 2011.⁷⁷ U oba slučaja radilo se o napetosti između nacionalnog ustavnog identiteta s jedne i slobodi kretanja zajamčenoj čl. 21 UFEU, te pravu na privatnost,⁷⁸ s druge strane.

U predmetu *Sayn-Wittgenstein* jedna austrijska državljanka rođena u Austriji i posvojena od strane njemačkog državljanina isticala je zahtjev da joj nacionalni sud prizna pravo na upis u austrijske matične knjige njene plemićke titule (Fürstin von Sayn-Wittgenstein) koju je stekla posvojenjem. Budući da je radila u trgovini nekretninama, isticala je kako bi nemogućnost da se koristi svojom plemićkom titulom negativno utjecalo na njenu slobodu pružanja usluga.

Kako je pred Europskim sudom isticala austrijska vlada, dopuštenje za upis plemićke titule bilo bi u suprotnosti "... s temeljnim vrijednostima austrijskog

⁷⁴ Predmet 14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, (1984) ECR 1891.

⁷⁵ Spojeni predmeti C-6/90 and C-9/90 *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic* (1991) ECR I-5357.

⁷⁶ Predmet C-208/09 *Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien*, još neobjavljeno.

⁷⁷ Predmet C-391/09 *Malgozata Runevič-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn v Vilniaus miesto savivaldybės administracija and Others*, još neobjavljeno.

⁷⁸ Kako je zajamčeno temeljem Čl. 7 Povelje temeljnih prava EU (dalje u tekstu: Povelja) i čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: Konvencija).

pravnog poretka, posebice s načelom jednakog postupanja koje je zajamčeno čl. 7 Saveznog ustava i provedeno Zakonom o zabrani plemstva.⁷⁹ Europski sud priznao je da nacionalni identitet može biti uzet u obzir pri provođenju testa proporcionalnosti ali je istovremeno pojasnio da jamstvo nacionalnog identiteta valja shvatiti kao jedno od opravdanja koja se temelje na javnom interesu⁸⁰ koje, u skladu s ranijom praksom⁸¹ valja interpretirati restriktivno, kao "istinsku i dovoljno ozbiljnu prijetnju jednom od temeljnih interesa društva."⁸²

Dodatno, Europski sud dopustio je marginu prosudbe u skladu sa svojim ranijim shvaćanjem izraženim u § 31 presude u predmetu *Omega*. Na kraju, u § 93, Europski sud proveo je test proporcionalnosti i zaključio da je Austrija djelovala proporcionalno i išla za ostvarivanjem legitimnog ustavnog cilja. Europski sud pozvao se i na pravo na privatnost zaštićeno Poveljom i Konvencijom, ali nije dodatno obrazložio taj aspekt slučaja.

U predmetu *Runevič-Vardyn* radilo se o ženi koja je željela da se njeno prezime izmjeni u skladu sa slovima koja ne postoje u Litavskoj abecedi.⁸³ Europski sud najprije je u § 66 naglasio da "... osobno ime i prezime tvore sastavni dio njenog identiteta i privatnog života" zaštićenog i Poveljom i Konvencijom, te je nastavio s konstatacijom da se jamstvo slobode kretanja iz čl. 21 TFEU. Zaštita nacionalnog jezika kao dio nacionalnog identiteta jest zaštićena vrijednost koju EU mora poštivati (§ 86) te, sukladno tome, nacionalni identitet valja staviti u ravnotežu sa slobodom kretanja i pravom na privatni život.

Govoreći o odnosu slobode kretanja i nacionalnog identiteta Europski sud slijedio je svoju argumentaciju razvijenu u predmetu *Sayn-Wittgenstein*. Ukoliko je u doseg u čl. 21, nacionalna restrikcija slobode kretanja može biti opravdana ukoliko položi test proporcionalnosti. Međutim, za razliku od te

⁷⁹ Sayn-Wittgenstein § 76.

⁸⁰ *Id.* §§ 83-84.

⁸¹ Predmet C-36/02 *Omega* (2004) ECR I-9609, § 30, and Predmet C-33/07 *Jpa* (2008) ECR I-5157, § 23.

⁸² Sayn-Wittgenstein § 86.

⁸³ Kako se vidi iz § 22 odluke, ime 'Malgožata Runevič', trebalo se promijeniti u 'Małgorzata Runiewicz' a na vjenčanom listu iz 'Malgožata Runevič-Vardyn', u 'Małgorzata Runiewicz-Wardyn'.

presude gdje je Europski sud sam proveo test proporcionalnosti, u ovome je slučaju to prepustio nacionalnom sudu.⁸⁴

Razmatrajući odnos individualnih prava i nacionalnog identiteta Europski sud prepustio je nacionalnom sudu da utvrdi izaziva li nacionalna norma koja priječi izmjenu osobnog imena u relevantnim dokumentima "...ozbiljan problem za pojedinca i/ili njezinu obitelj na administrativnoj, profesionalnoj i privatnoj razini." Sukladno tome, nacionalni sud morati će odlučiti je li između suprotstavljenih interesa ostvarena pravična ravnoteža.⁸⁵

Kako vidimo, u oba slučaja Europski sud je jamstvo nacionalnog identiteta interpretirao restriktivno i bilo je podvrgnuto testu proporcionalnosti. Preostaje pitanje zbog čega je u prvom slučaju test proporcionalnosti proveo sam Europski sud, dok je tu zadaću u drugom slučaju prepustio nacionalnom sudu. Odgovor vjerovatno počiva u činjenici da je republikanski oblik vladavine apsolutno zajamčen nacionalnim ustavom, te nije za očekivati da bi nacionalni sud dao prednost slobodi kretanja. S druge strane, jezik doista predstavlja dio nacionalnog identiteta, ali nije nezamislivo da bi nacionalni sud dopustio određene iznimke u pogledu osobnih imena. U oba slučaja Europski sud prepustio je nacionalnom sudu da presudi o ravnoteži između temeljnog prava i nacionalnog ustavnog identiteta. Zaključak koji iz ova dva slučaja proizlazi jest da će Europski sud ili sam priznati nacionalni ustavni identitet, ili odluku o tome prepustiti nacionalnom sudu.

Oba analizirana slučaja došli su pred Europski sud u postupku prethodnog pitanja. U takvom postupku Europski sud doista ima izbor hoće li test proporcionalnosti provesti sam ili će ga prepustiti nacionalnom sudu. U postupku zbog povrede prava EU (infrakcijski postupak temeljem čl. 258 i 259 UFEU), Europski sud nema na raspolaganju takav izbor. U toj vrsti postupka ukoliko Europski sud ne odluči sam o nekom pitanju, konačna odluka počiva na nacionalnom zakonodavcu. Prepustiti odluku nacionalnom zakonodavcu ujedno znači i presuditi protiv podnositelja zahtjeva, tj. protiv

⁸⁴ *Runevič-Vardyn*, § 83: "In the event that the national court finds that the refusal to amend the joint surname of the applicants in the main proceedings constitutes a restriction of Article 21 TFEU, it should be noted that, according to settled case-law, a restriction on the freedom of movement of persons can be justified only where it is based on objective considerations and is proportionate to the legitimate objective of the national provisions (vidi, inter alia, *Grunkin and Paul*, § 29, i *Sayn-Wittgenstein*, § 81)." Upitno je u kojoj mjeri će sudovi u sustavima rimske pravne tradicije biti spremni interpretirati zakonski tekst.

⁸⁵ *Runevič-Vardyn*, § 91.

Komisije ili druge države članice. Drugim riječima, suzdržanost Europskog suda vodi nužno pobjedi jedne od stranaka u sporu. Kako Europski sud pristupa nacionalnom identitetu u takvoj kategoriji predmeta?

Pozivanje na nacionalni identitet zabilježeno je u predmetima koje je komisija vodila protiv Luxembourgga gdje se ta država pozivala na to opravdanje u kontekstu iznimke javne službe (čl. 51 UFEU).⁸⁶ U tim je slučajevima Europski sud primjenio kriterij najmanje restriktivne alternative.⁸⁷ U oba slučaja, baš kao i u *Sayn-Wittgenstein* i *Runevič-Vardyn* nacionalni identitet uzet je kao legitimni cilj koji, kao iznimka od slobode kretanja, mora biti interpretiran restriktivno i podvrgnut testu proporcionalnosti. Pri tome je važno primjetiti da su oba slučaja odlučena prije stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona i da se u njima radilo o iznimci javne službe, što je područje prava u kojemu Europski sud inzistira na jedinstvenoj primjeni prava. Iznimka javne službe ne samo da se mora interpretirati restriktivno, već mora imati:

"... jednaku interpretaciju i primjenu u čitavoj Zajednici i stoga ne može biti potpuno prepuštena diskreciji država članica." Member States."⁸⁸

Europski sud još uvijek primjenjuje usku interpretaciju iznimke javne službe, čak i u svjetlu argumenata koji se pozivaju na nacionalni identitet. Predmeti koji su pred Europski sud dolazili u postupku prethodnih pitanja također slijede tu praksu. ⁸⁹ Čini se da takvo shvaćanje podupire Besselinkovu teoriju da iako je ustavni identitet inherentno nacionalni pojam, on u stvari predstavlja koncept prava EU.⁹⁰ Drugim riječima, čl. 4(2) UEU učinio je diskurs o odnosu prava EU i nacionalnog ustavnog prava dijelom europskog ustavnog prava. Lako je složiti se s onime što ističu Von Bogdandy i Schill: "...

⁸⁶ Predmet C-473/93 *Commission v. Luxembourg* (1996) ECR I- 3207 i predmet C-51/08 *Commission v. Luxembourg*.

⁸⁷ Predmet C-473/93 *Commission v. Luxembourg* (1996) ECR I- 3207, § 35; Predmet C-51/08 *Commission v. Luxembourg*, § 124.

⁸⁸ Predmet C-405/01 *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* (2003) ECR I-10391. § 38. Vidi i predmet 152/73 *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost* (1974) ECR 153, § 5, and Predmet 149/79 *Commission v Belgium* (1980) ECR 3881, §§ 12 i 18.

⁸⁹ Za noviju praksu vidi npr. spojene predmete C- C-372/09 and C-373/09 *Josep Peñarroja Fa*, judgment of March 17, 2011, još neobjavljeno. Za raniju praksu vidi npr. predmet C-42/08 *Adrianus Thijssen v Controledienst voor de verzekeringen* (1993) ECR I-4047.

⁹⁰ Leonard F. M. Besselink, National and constitutional identity before and after Lisbon, 6 *Utrecht L. Rev.*, 3 (2010) 36, 37.

postoji zajednički europski diskurs o tom najosjetljivijem pitanju."⁹¹ Ipak, još uvijek ostaje nejasno tko ima zadnju riječ. Kako bi rekao Paul Feyerabend, nerješena i potencijalno nerješiva zagonetka počiva u činjenici da se europski ustavni diskurs ne odvija u formi "vođene razmjene."⁹²

Doista, Europski sud nije nadležan interpretirati nacionalno pravo, a još manje nacionalno ustavno pravo.⁹³ S druge strane, nacionalni sudovi nisu nadležni interpretirati čl. 4(2) UEU. Besselink sugerira rješenje prema kojemu nacionalni ustavni sudovi moraju biti prvi koji će definirati sadržaj nacionalnog ustavnog identiteta, dok će Europski sud odrediti značenje relevantnog prava EU. Nema sumnje da se nacionalni identitet prvenstveno⁹⁴ konstruira na nacionalnoj razini, ne samo pravno, već i činjenično.⁹⁵ Ipak, ta činjenica ne čini nacionalni identitet apsolutnim. Kada bi to bio slučaj, jamstvo iz čl. 4(2) UEU moglo bi biti primjenjeno temeljem jednostavne tvrdnje da neka vrijednost tvori dio nacionalnog identiteta, u kojem slučaju bi Europski sud morao sam sebe ograničiti u interpretaciji. Drugim riječima, takvo rješenje bi stvorilo imunitet za nacionalno pravo te ga pravo EU ne bi moglo nadjačati što, očito, nije slučaj.

Do sada postoje tek slabe naznake da je Europski sud spreman odluku o nacionalnom identitetu prepustiti državama članicama. Takav je bio slučaj u predmetu *Runevič-Vardyn*, gdje je Europski sud ostavio nacionalnom sudu da

⁹¹ Von Bogdandy i Schill, *supra*, bilješka 2 na str. 1441.

⁹² Prema Feyerabendu, vođena razmjena je takav oblik komunikacije u kojoj "... neki ili svi sudionici prihvaćaju dobro utvrđenu tradiciju i prihvaćaju samo one reakcije koje odgovaraju njenim standardima." Paul Feyerabend, *Science in a Free Society* (1978) NLB London, na str. 29 (preveo autor).

⁹³ *Id.*, na str. 44.

⁹⁴ Iris Marion Young je pokazala da dominantna kultura može nametnuti identitet manjinskim društvenim skupinama i na taj način stvoriti fenomen dvostrukog identiteta. See Iris Marion Young, *Justice and Politics of Interest*. Stoga se ne čini nezamislivim da bi nacionalni identitet mogao biti konstruiran od strane vanjskih aktera.

⁹⁵ Za isti argument vidi Mišljenje n.o. Madura u predmetu C-53/04 *Cristiano Marrosu and Gianluca Sardino v Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, (2006) ECR I-7213, § 40: "Doubtless the national authorities, in particular the constitutional courts, should be given the responsibility to define the nature of the specific national features that could justify such a difference in treatment. Those authorities are best placed to define the constitutional identity of the Member States which the European Union has undertaken to respect." Europski sud ignorirao je taj argument.

temeljna prava stavi u ravnotežu s nacionalnim ustavnim identitetom. Raniji primjer nalazimo u predmetu *UGT-Rioja* o kojemu je već bilo riječi.⁹⁶

Može li se iz navedene prakse naslutiti signal koji upućuje na budući pristup Europskog suda? Europski sud i inače ima praksu ostavljati nacionalnim sudovima da utvrde relevantne činjenice i da takav činjenični nalaz stave u ravnotežu s relevantnim nacionalnim regulatornim interesom. Lijep primjer takve prakse nalazimo u predmetu *Familiapress*⁹⁷ gdje je sloboda tiska i raznolikost tiska stajala na putu primjeni nacionalnih i europskih pravila o tržišnoj utakmici. Stoga presuda u predmetu *Runevič-Vardyn* više izgleda kao nastavak ranije prakse nego kao promjena kursa.

Reakcija država članica

Kako vidimo, Europski sud čvrsto stoji na shvaćanju da jamstvo nacionalnog identiteta ne može spriječiti primjenu prava EU, čak i u slučaju sukoba s nacionalnim ustavnim pravilima. Ukoliko nacionalni identitet prevlada, to će se desiti samo zbog toga što je Europski sud u konkretnom slučaju zaključio da treba uspostaviti takvu ravnotežu između prava EU i nacionalnog interesa. Isto pravilo (temeljem kojega se države ne mogu pozivati na svoja ustavna pravila kako bi opravdale svoj propust da ispune obaveze preuzete međunarodnim ugovorom) koje se temelji na Bečkoj konvenciji o pravu međunarodnih ugovora, vrijedi i u pravu EU.⁹⁸

Bez obzira na to, rasprava o ustavnom identitetu postala je omiljenom temom u pravnim poretcima nekih država članica. Zanimljivo, bitka o nadređenosti

⁹⁶ *Supra*, bilješka 60, § 144: " It is for the national court, which alone has jurisdiction to identify the national law applicable and to interpret it, as well as to apply Community law to the cases before it, to determine whether the Historical Territories and the Autonomous Community of the Basque Country have such autonomy, which, if so, would have the result that the laws adopted within the limits of the areas of competence granted to those infra-State bodies by the Constitution and the other provisions of Spanish law are not of a selective nature within the meaning of the concept of State aid as referred to in Article 87(1) EC."

⁹⁷ Predmet C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v Heinrich Bauer Verlag* (1997) ECR I-03689

⁹⁸ Dobar primjer da nacionalni ustav ne može opravdati neprovedbu directive nalazimo u predmetu C-323/97 *Commission v Belgium* (1998) ECR I-4281, § 8: "The Court has consistently held that a Member State may not plead provisions, practices or circumstances existing in its internal legal system in order to justify a failure to comply with the obligations and time-limits laid down in a directive (vidi, Predmet C-107/96 *Commission v Spain* (1997) ECR I-3193, § 10).

prava EU nacionalnom ustavnom pravu vodi se na polju procesnog a ne na polju materijalnog prava. Na taj način pitanje "koje pravno pravilo ima prednost" transformiralo se u pitanje "tko odlučuje", odnosno, još bolje, "tko ima zadnju riječ."

Francuska

Vjerovatno je prejednostavno pripisati renesansu nacionalnog ustavnog identiteta novom izričaju Ustavnog ugovora i njegovoj kasnijoj ugradnji u Ugovor iz lisabona. U biti, uloga Francuske, koja je nedavno uzdigla ideju nacionalnog ustavnog identiteta na razinu ustavnog načela, u vrijeme kada se o toj odredbi raspravljalo u okviru Europske konvencije, bila je skromna. Kako se vidi iz dokumenata Sekretarijata Europske konvencije,⁹⁹ predloženi amandmani na do tada postojeću definiciju nacionalnog identiteta predlagali su:

"... da nacionalni identitet uključuje, koliko je to prikladno ustavne strukture/ ustrojstvo javne vlasti na lokanoj i regionalnoj razini/izbor jezika/lokalnu autonomiju/status crkvi."

Francuski doprinos ovom prijedlogu bio je zanemariv.¹⁰⁰ Usprkos tome Michel Troper sugerira da je francuska ustavna doktrina bila izravno inspirirana konceptom ustavnog identiteta kako ga je definirao Ustavni ugovor i kasnije Ugovor iz Lisabona.¹⁰¹ Čini se da je francuska ustavna reforma od 1. ožujka 2010. godine bila motivirana namjerom da se francuski

⁹⁹ Reactions to draft Articles 1 to 16 of the Constitutional Treaty – Analysis, CONV 574/1/03 REV 1, Brussels 26 February 2003 (04.03).

¹⁰⁰ Kako proizlazi iz Sažetka kojega je pripremio Sekretarijat, amandmane su predložili: "Mr Michel + 5 Belgian members of the Convention + observers + Lopes + Hubner + Einem + Kiljunen + Vanhanen + Cushnahan + Olesky + Tiilikainen + Peltomäki + Costa + 3 Portuguese + Santer + 2 Luxembourgers + Lequiller + Frenco + Bonde + 8 members of the Convention + Wittbrodt + Fogler + Brok + 12 EPP members of the Convention + Katiforis + Serracino-Ingloft (+ Inguanez) + Chabert (observer) + 5 members of the Convention (observers). Bilješka 96.

¹⁰¹ M. Troper, *Sovereignty and Laïcité*, 30 Cardozo L. Rev. 6 (2009) 2561, 2573. Josso navodi kako prije ove odluke Ustavnog vijeća nije bilo nikakvih drugih iskaza o bilo kakvim specifičnim elementima nacionalnog ustavnog identiteta. S. Josso, *Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France*, report to the Paris Congress of Association française de droit constitutionnel, na str. 5. Vidi <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/JossoTXT.pdf>, posjećena 14 kolovoza 2011.

ustav izolira od mogućnosti da mu pravo EU bude nadređeno.¹⁰² Troper tu misao izražava na jasan način. Budući da pravo EU ima prednost nad nacionalnim ustavnim pravom,

"... francuski sud koji želi izbjeći priznanje nadređenosti europskog prava mora koristiti neki drugi argument od onoga da je neko načelo francuskog prava propisano ustavom. Na tom mjestu ustavni identitet ulazi u igru."¹⁰³

Doktrinu ustavnog identiteta prihvatilo je i Ustavno vijeće koje je 2006. godine prihvatilo shvaćanje temeljem kojega: "... provedba direktive ne može kršiti pravilo ili načelo koje je inherentno francuskom ustavnim identitetu, osim u slučaju da na to pristane ustavotvorna vlast."¹⁰⁴

Literatura na temu ustavnog reforme u Francuskoj je sve brojnija.¹⁰⁵ Kako bih izbjegao diskusiju koja se vodi na drugom mjestu, želio bih tek istaknuti da su njeni glavni učinci, a posebice učinci novo uvedene apstraktne kontrole ustavnosti i "prioritetnog prethodnog pitanja" Ustavnom vijeću suprotni dobro utvrđenoj praksi Europskog suda. Prvo, ukoliko Ustavno vijeće oglasi zakon neustavnim zbog toga što je suprotan pravu EU, redovni sud više nema mogućnost izuzeti ga iz primjene kao niti uputiti prethodno pitanje Europskom sudu prije nego što se o tome izjasni Ustavno vijeće.

Odgovor Europskog suda uslijedio je u predmetu *Melki and Abdeli*¹⁰⁶ koji, očekivano, slijedi raniju praksu. Europski sud potrudio se detaljno obrazložiti

¹⁰² Vidi B. Kostadinov, Prethodna pitanja ustavnosti u nacionalnom pravu i pravo EU, in T. Čapeta, I. Goldner Lang and S. Rodin (eds.), *Prethodni postupak u pravu Europske unije*, Narodne novine, Zagreb 2011. Kostadinov citira Valérie Bernaud, Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question? Réflexion autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposé par le comité Balladur, *Revue française de Droit constitutionnel*, no hors-série, 2008., str. 190.

¹⁰³ Troper, *supra*, bilješka 101 na str. 2572 (preveo SR)

¹⁰⁴ Odluka Ustavnog vijeća br. 2006-540DC, July 27, 2006, J.O. "[L]a transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti." U takvom slučaju neustavno bi bilo nacionalno pravo koje provodi direktivu.

¹⁰⁵ Vidi F. Fabbrini, Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation, *German Law Journal*, Vol. 09 No. 10 (2008) 1297; S. Rodin, Back to Square One - the Past, the Present and the Future of the Simmenthal Mandate, Beneyto and Pernice (eds.) *Europe's Constitutional Challenges in the Light of the Recent Case Law of National Constitutional Courts*, Nomos 2011.

¹⁰⁶ Spojeni predmeti C-188/10 and C-189/10 *Aziz Melki and Sélim Abdeli*, not yet reported. Za detaljniju raspravu, vidi S. Rodin, *supra* bilješka 105.

koje zahtjeve nacionalna interlokutorna kontrola ustavnosti mora ispuniti kako bi bila sukladna pravu EU. Kako je pojasnio u § 57 presude, čl. 268 UFEU isključuje nacionalno zakonodavstvo koje propisuje interlokutornu kontrolu ustavnosti ukoliko taj postupak sprečava:

"... sve druge nacionalne sudove da se koriste svojim pravom ili da ispune svoju obavezu upućivanja pitanja Europskom sudu na prethodni postupak."

Na taj način Europski sud je očuvao sudski dijalog s redovnim sudovima i učinio pravna shvaćanja Ustavnog vijeća prihvaćena u interlokutornom postupku irelevantnima iz perspektive nadređenosti prava EU.¹⁰⁷ Glavni problem francuskog pristupa bio je u tome što je preširoko definirao područje zaštite ustavnog identiteta, te je propuštena prilika da se definira njegova zaštićena jezgra.

Njemačka

Njemačka ima dugu povijest dijaloga s Europskim sudom. Savezni ustavni sud pokrenuo je evoluciju zaštite ljudskih prava u EU inzistirajući na standardima zaštite koji su materijalno usporedivi s onima koje jamči Temeljni zakon. Ipak, Savezni ustavni sud nikada nije uputio prethodno pitanje Europskom sudu. Umjesto toga svoj utjecaj ostvaruje koristeći se svojim položajem suda koji ima posljednju riječ u europskom sudskom dijalogu. Naime, čak i kada Europski sud donese odluku o interpretaciji prava EU, Savezni ustavni sud je u poziciji da odlučuje o nacionalnom ustavnom pravu te da na taj nači zaštititi nacionalni ustavni identitet.

U predmetu *Maastricht* iz 1992. godine¹⁰⁸ Savezni ustavni sud primjenio je dva moćna pravna sredstva. Prvo od njih bilo je jamstvo bitnog sadržaja temeljnih prava temeljem kojega Savezni ustavni sud djeluje kao čuvar jezgre temeljnih prava. To je propisano čl. 19(2) zajedno s čl. 79(3) Temelnog zakona koji sadrži tzv. "klauzulu vječnosti". Drugo sredstvo bila je doktrina *ultra vires*, temeljem koje Savezni ustavni sud može nadzirati primjenu i uskratiti

¹⁰⁷ Valja primjetiti da presuda u predmetu *Melki and Abdeli*, slično presudi u predmetu *Elchinov*, podupire praksu ustanovljenu u predmetu *Rheinmühlen*, temeljem koje sud koji upućuje prethodno pitanje nije vezan pravnim shvaćanjem nacionalnog žalbenog suda. To predstavlja važan procesni element doktrine nadređenosti prava EU nacionalnom pravu. Vidi predmet 146/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf* (1974) ECR 139. Isto proizlazi i iz predmeta C-210/06 *Cartesio Oktató és Szolgáltató* bt. (2008) ECR I-09641, §§ 93-98.

¹⁰⁸ BVerfGE 89, 155.

primjenu aktima EU koji, prema njegovom shvaćanju, prelaze granice nadležnosti EU.¹⁰⁹

Kako je Savezni ustavni sud rekao u odluci *Lisabon*, ustavni identitet zajamčen je čl. 79(3) Temeljnog zakona i "... ustavotvorna vlast nije dala predstavnicima i tijelima naroda mandat da se tog ustavnog identiteta odreknu."¹¹⁰ Kako je Savezni ustavni sud pojasnio:

"Obaveza koja se temelji na pravu EU, da se poštuje ustavotvorna vlast država članica kao gospodarica ugovora odgovara neprenosivom ustavnom identitetu (čl. 79.3 of the Temeljnog zakona), koji u tom pogledu nije otvoren za integraciju. U granicama svojih nadležnosti, Savezni ustavni sud mora nadzirati, kada je to nužno, poštuju li se ta načela."¹¹¹

Slijedi da bi bilo koji akt EU koji bi zadirao u nacionalni ustavni identitet bio *ultra vires* i stoga neprimjenjiv u SR Njemačkoj,¹¹² što nadzire Savezni ustavni sud.¹¹³

U srpnju 2010. godine, odlučujući u predmetu *Honeywell*,¹¹⁴ Savezni ustavni sud znatno je suzio doktrinu *ultra vires*. Prema toj odluci, prije nego što neki akt EU može biti podvrgnut kontroli na temelju doktrine *ultra vires*, Europski sud mora imati mogućnost da odluči u toj stvari, bilo u postupku za poništenje akta, bilo u postupku prethodnog pitanja. Provodeći ustavni nadzor Savezni ustavni sud može proglasiti neki akt EU *ultra vires*, ali:

"... akt EU mora biti manifestno suprotan njenim nadležnostima, te mora biti iznimno značajan u strukturi nadležnosti između država članica i Unije u

¹⁰⁹ The BVerfG je ovu doktrinu primjenio u BVerfGE 58, 1 (30-31); 75, 223 (235, 242); 89, 155 (188), i u predmetu Lisabon, BVerfG, 2 BvE 2/08 of 30.6.2009. Vidi M. Mahlmann, The Politics of Constitutional Identity and its Legal Frame—the Ultra Vires Decision of the German Federal Constitutional Court, 12 *German L. J.* 11 (2010) 1407.

¹¹⁰ *Lisabon*, § 218.

¹¹¹ *Lisabon*, § 235.

¹¹² *Lisabon*, § 241.

¹¹³ *Lisabon*, § 240.

¹¹⁴ BVerfG, 2 BvR 2661/06 of 6.7.2010. Vidi C. Möllers, Constitutional Ultra Vires Review of European Acts Only Under Exceptional Circumstances; Decision of 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, 7 *Eur. Const. L. Rev.* (2011) 161.

vezi s načelom dodijeljenih ovalasti i u vezi s obvezujućom snagom akta koji je podvrgnut načelu vladavine prava."¹¹⁵

Iako Savezni ustavni sud nikada do sada nije uputio prethodno pitanje Europskom sudu § 60 odluke u predmetu *Honeywell* upućuje da je spreman to činiti. Ne manje važno, nacionalni sudovi imaju ustavnu obavezu upućivati prethodna pitanja Europskom sudu, a propust da to učine može dovesti do povrede ustavnog prava na zakonitog suca koje je zajamčeno čl. 101(1) Temelnog zakona.¹¹⁶

Ukratko, Savezni ustavni sud vezao je njemački ustavni identitet uz vječni i apsolutno kruti ustavni status temeljnih prava i uz njihovu Temeljnim zakonom (čl. 79(3)) zaštićenu jezgru. Na taj je način osigurao zadnju riječ u slučajevima koji se tiču temeljnih prava, ali je istovremeno ostavio dovoljno prostora Europskom sudu da odluči o interpretaciji i valjanosti prava EU. Savezni ustavni sud integrirao je svoju doktrinu u načelo iskrene suradnje propisano čl. 4(3) UEU, te je zadržao svoju doktrinu međusudske suradnje, kao i doktrinu interpretacije u skladu s pravom EU.¹¹⁷ Savezni ustavni sud u potpunosti je svjestan shvaćanja Europskog suda prema kojemu nacionalni identitet može opravdati odstupanje od tržišnih sloboda samo ukoliko ne može biti zaštićen ni na koji drugi način,¹¹⁸ te je stoga osigurao svoj položaj kao zaštitnika nacionalnog ustavnog identiteta samo u situacijama u kojima "temeljne političke strukture" ne mogu biti zaštićene nekom drugom mjerom.¹¹⁹

ZAKLJUČAK

Identiteti država članica stariji su od Osnivačkih ugovora i postoje bez obzira na pravo EU. Štoviše, upravo kako osobni ili grupni identitet nastavlja svoje postojanje u različitim oblicima ustrojstva vlasti, nacionalni identiteti će postojati i razvijati se bez obzira o budućem obliku i sadržaju Europske unije. U tom smislu čl. 4(2) ponavlja samu po sebi razumljivu činjenicu da

¹¹⁵ *Honeywell*, §§ 60, 61.

¹¹⁶ *Honeywell*, §§ 88-90.

¹¹⁷ *Lisabon* § 240.

¹¹⁸ Predmet C-473/93 *Commission v Luxembourg* (1996) ECR I-3207, § 35; Predmet C-52/08 *Commission v Luxembourg*, § 124.

¹¹⁹ *Lisabon* § 240.

nacionalni identiteti postoje. Preostaje odgovoriti na pitanje koje su pravne posljedice takvog priznanja nacionalnih identiteta.

Ugovor iz Lisabona nije značajno utjecao na praksu Europskog suda o nacionalnom identitetu. I prije njegova stupanja na snagu 1. prosinca 2009. godine, Europski sud imao je razvijenu interpretativnu strategiju kako da se postavi prema zahtjevima država članica koji su se temeljili na nacionalnim ustavima. Kako sam pokazao, pred-lisabonska praksa može se grupirati u tri evolutivne faze. Njen rezultat bila je doktrina margine diskrecije, te shvaćanje da nacionalni identitet ne može biti apsolutan. Europski sud je također utvrdio razliku između nacionalnih zahtjeva manje važnosti (NZMV), prema kojima postupa kao i prema svim ostalim opravdanjima koja se temelje na javnom interesu i nacionalnih zahtjeva koji dovode do samoograničavanja Europskog suda u korist nacionalnih sudskih ili regulatornih tijela (NZVV). Može se zaključiti da, kada je uspješan, zahtjev koji se temelji na nacionalnom identitetu čini isticani regulatorni cilj legitimnim *per se* što u slučaju NZMV rezultira primjenom testa najmanje restriktivne alternative, a u slučaju NZVV do samoograničavanja Europskog suda.

Ugovor iz Lisabona donio je više jasnoće u koncept nacionalnog identiteta. To je bio prvi ugovor koji je pojasnio da se pojam nacionalnog identiteta veže uz nacionalne ustavne i političke strukture. Na određeni način, Ugovor iz Lisabona je relativizirao pravilo Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora koje propisuje da se države ne mogu pozivati na svoje unutarnje pravo kako bi opravdale povredu ugovora. Lisabonski ugovor, naime, dopušta određenu diskreciju državama članicama. Međutim, ostaje pitanje, što je sve prihvatljivo kao zahtjev nacionalnog identiteta? Je li to, kao što sugerira Besselink, koncept prava EU, ili postoji mnogo nacionalnih koncepata koje valja poštivati? Prihvatljiv, tentativni, odgovor mogao bi biti da zahtjev koji se poziva na nacionalni ustavni identitet mora biti utemeljen na krutoj ustavnoj normi, vrednoti ili ustavnom izboru. Nije dovoljno da se radi o pukom političkom izboru ili dodjeli vlasti nekom nacionalnom tijelu, već takav zahtjev mora biti bitan za prepoznavanje nacionalnog ustavnog poretka kao takvog, te kao različitog od svih drugih ustavnih poredaka.

Razdoblje nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona donijelo je razvoj i na nacionalnoj i na europskoj razini. Francuska i Njemačka počele su se češće oslanjati na ustavni identitet, osporavajući tvrdnju da je riječ o konceptu prava EU.

Europski sud zadržao je svoje shvaćanje javnog interesa, te ga primjenjuje zajedno s testom najmanje restriktivne alternative. Temeljem tog pristupa, nacionalni identitet ne može opravdati ograničenje tržišnih sloboda ukoliko

postoji drugi, manje restriktivan način za njegovu zaštitu. Dobar primjer ovog pristupa nalazimo u postupcima koje je Komisija vodila protiv Luxembourg.

Međutim, u najmanje dva slučaja koji su odlučeni nakon stupanja Ugovora iz Lisabona na snagu, Europski sud zauzeo je drugačiji pristup i pokazao spremnost da prizna nacionalni identitet. Zašto je u *Sayn-Wittgenstein* i *Runevič-Vardyn*, Europski sud postupio drugačije?

U prvome od njih, radilo se o temeljnom ustavnom izboru, odnosno, o republikanskom obliku vladavine. U drugome, radilo se o priznanju da je nacionalni sud u boljoj situaciji da provede test proporcionalnosti. Ovakav pristup, valja naglasiti, nije uvjetovan stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona, već slijedi pred-lisabonsku logiku koju je moguće zapaziti već u predmetu *UGT-Rioja* iz 2008. godine.¹²⁰ Dobro, može se tvrditi da je ista norma o ustavnom identitetu bila prisutna u tekstu odbačenog Ustavnog ugovora već i 2008. godine, te da je anticipirala Čl. 4(2) Ugovora iz Lisabona. Ipak, ostaje nejasnim je li prepuštanje odluke nacionalnom sudu motivirano željom da mu se prepusti odluka o vrijednosnom izboru, ili praktičnim razlozima, tj. prepuštanjem da nacionalni sud utvrdi relevantne činjenice, što je Europski sud znao činiti i ranije, primjerice u predmetu *Familiapress*.¹²¹

Drugi trend koji se može zapaziti u praksi Europskog suda je njegova smanjena spremnost da popusti zahtjevima nacionalnog identiteta u slučajevima kada postoji dobro utvrđena praksa i potreba za jedinstvenom interpretacijom prava EU.¹²²

S druge strane, značajni razvoj uslijedio je u nekim državama članicama, osobito u Francuskoj i Njemačkoj. Francuska je provela ustavnu reformu koja je rezultirala Kelsenovim modelom interlokutarne kontrole ustavnosti. Novi mehanizam uveden je kao pokušaj da se Ustavnom vijeću ojača utjecaj u europskoj areni, te da se, moguće, spriječe sukobi francuskog prava i prava EU, prije nego što oni uopće dospiju do Europskog suda u formi prethodnog pitanja. Fokusirajući se na procesnu dimenziju interlokutarne kontrole ustavnosti novouvedeni mehanizam usmjerio je francusko pravo prema neizbježnom sukobu s dobro utvrđenom praksom Europskog suda o

¹²⁰ *UGT-Rioja*, *supra*, bilješka 60.

¹²¹ *Familiapress*, *supra*, bilješka 97.

¹²² Predmet C-405/01 *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, *supra*, bilješka 88.

prethodnom postupku,¹²³ a da pri tome nije uspio definirati materijalni sadržaj jezgre francuskog ustavnog identiteta koji bi se mogao isticati temeljem čl. 4(2) UEU.

Njemački pristup čini se trezvenijim. Temelji se na načelu suradnje i jasno definirane jezgre ustavnog identiteta. Odnos s pravom EU razumije se kao odnos suradnje, a uloga Saveznog ustavnog suda je komplementarna i supsidijarna. Nacionalni ustavni identitet je zaštićen ali i suzdržan, što dopušta Saveznom ustavnom sudu da u kritičnim slučajevima ima zadnju riječ, bez nepotrebnih sukoba u slučajevima manje važnosti.

Čl. 4(2) UEU stvorio je potencijal za uspostavljanje nove ravnoteže između zahtjeva nacionalnog identiteta i tržišnih sloboda, a čl. 4(3) UEU redefinirao je obavezu iskrene suradnje koja je sada recipročna a ne više jednostrana za države članice. To može značiti da države članice imaju slobodu definirati jezgru nacionalnog ustavnog identiteta dok Europski sud zadržava ovlast interpretirati širi normativni okvir unutar kojega se nacionalni identitet manifestira u EU. Preširoka interpretacija nacionalnog identiteta ima potencijal blokiranja ili čak preokretanja kursa europske integracije, pretvarajući nacionalni ustavni identitet u ustavni protekcionizam. S druge strane, preuska interpretacija lišila bi čl. 4(2) njegovog korisnog učinka.

Uloga čl. 4(2) UEU je dvostruka. Kao pravilo o nadležnosti, ta norma propisuje granice nadležnosti EU, čak i u slučajevima kada bi regulacija bila dopuštena. Kao interpretativno pravilo ona upućuje Europski sud i nacionalne sudove kako interpretirati odnos između prava EU i nacionalnog prava.

Danas države članice temeljem Čl. 2 UEU imaju obavezu ne interpretirati nacionalni identitet suprotno temeljnim pravilima, načelima i vrijednostima EU. S druge strane, Europski sud, u granicama svoje nadležnosti, odlučuje u kojoj mjeri Ugovore valja interpretirati na način da se državama članicama ostavi margina prosudbe u slučajevima koji se tiču nacionalnog identiteta, a u kojim slučajevima zahtjeve nacionalnog identiteta valja interpretirati kao obična opravdanja utemeljena na javnom interesu.

Nacionalni ustavni sudovi zadržavaju pravo odlučivati o primjeni nacionalnog ustavnog prava i nakon što Europski sud donese odluku i to

¹²³ Predmet 146/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf* (1974) ECR 139; u novije vrijeme vidi predmet C-210/06 *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.* (2008) ECR I-09641, §§ 93-98.

može dovesti do napetosti između nacionalnog ustavnog prava i prava EU. Izravnom sukobu, do sada, ipak još nismo svjedočili.

Siniša Rodin*

NATIONAL IDENTITY AND MARKET FREEDOMS AFTER THE TREATY OF LISBON

Summary

The aim of this paper is to explore the balance between market freedoms and national regulatory autonomy following the entry into force of the Treaty of Lisbon, particularly in the light of the rephrased national identity guarantee under Article 4(2) TEU. The paper will discuss whether the newly established obligation of the European Union to respect the national identities of its Member States has any consequences in the case law of the European Court of Justice. Arguably, defining the proper scope of application of the national identity guarantee is relevant to the application of EU law, since it disturbs the previously established balance between European and national law. If defined too broadly, it can undermine the uniform application and effectiveness of EU law. If defined too narrowly, it would be devoid of any useful effect.

With this objective in mind, I will first clarify the concept of national identity and, more specifically, national constitutional identity. Second, I will discuss the case law of the ECJ preceding the entry into force of the Treaty of Lisbon. In this part, I will suggest that the development of national identity law before the Treaty of Lisbon went through three evolutionary phases: a phase of early and implicit national identity law; a phase in which the ECJ developed the margin of discretion doctrine; and a phase in which the ECJ started to differentiate national constitutional rules and accord them different levels of scrutiny. In the third part, I will explore whether there have been significant developments in the national identity case law of the ECJ after the entry into force of the Treaty of Lisbon, and suggest that the general approach of the ECJ has not significantly changed. I will also argue that the main developments related to Article 4(2) TEU have

* Jean Monnet Chair, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet.

not taken place before the ECJ, but in national arenas, notably in France and Germany. In the fourth and final part, I will return to the issue of the differentiation of national identity claims and conclude that one category is understood by the ECJ as an ordinary justification of national measures restricting one of the market freedoms, while the other category of claims prompts the ECJ to defer to national authorities.