

NEW EUROPE COLLEGE



The EU as the Paradigm of Future European Statehood/ Uniunea Europeană ca paradigmă a statalității viitoare

Proceedings of the symposium organized at
The New Europe College, Bucharest
on May 15-16, 2006

Edited by / volum coordonat
de Bogdan IANCU

The publication of this volume was made possible
through funding from the Hertie Foundation

Text Editor: Irina VAINOVSKI-MIHAI

Copyright © 2007 – New Europe College

ISBN 978-973-88304-0-0

New Europe College

Str. Plantelor 21

023971 Bucharest

Romania

www.nec.ro; e-mail: nec@nec.ro

tel: (+40-21) 327.00.35; fax: (+40-21) 327.07.74

ERFAHRUNGEN DER RECHTSENTWICKLUNG NACH MEHRFACHEN SYSTEMWECHSELN

**EIN BEITRAG ZU FUNKTIONEN UND RISIKEN
DES SUPRANATIONALEN RICHTERRECHTS
IN DER EUROPÄISCHEN UNION ALS
VORWEGNAHME EUROPÄISCHER
STAATLICHKEIT**

Bernd RÜTHERS

I. Vorbemerkung zur beschränkten Sachkompetenz des Referenten

Warum traut sich ein deutscher Professor für Zivilrecht und Rechtstheorie an dieses schwierige Thema heran? Einer meiner Interessenschwerpunkte in Forschung und Lehre war und ist der Wandel von Rechtsordnungen in und nach Systemwechseln. Dieses Forschungsgebiet hat mich u. a. auch zu fruchtbaren Kontakten mit der Juristischen Fakultät Jasi sowie mit den Fakultäten in Prag, Warschau und Lublin gebracht. Es ging zunächst um die wissenschaftliche Analyse der zahlreichen Systemwechsel in Deutschland im 20. Jahrhundert: Kaiserreich bis 1918/1919, Weimarer Republik bis 1933, Nationalsozialistische Diktatur bis 1945,

Besatzungsregimes bis 1949, Bundesrepublik „alt“ bis 1990, SED-Diktatur bis 1989/1990, vereinigte Bundesrepublik seit 1990 und die wachsende Bedeutung des Gemeinschaftsrechts der Europäischen Union.

Das Phänomen häufiger System- und Verfassungswechsel war im Europa des 20. Jahrhunderts nicht auf Deutschland beschränkt. Viele Länder des Kontinents haben ähnliche Häufungen von Systemwechseln erlebt und erlitten, etwa Österreich, Italien, Spanien, Portugal, Ungarn, Tschechien, Griechenland, Rumänien, Bulgarien, Polen und auch Frankreich.

Die meisten dieser Umwandlungen der jeweiligen Rechtsordnungen wurden maßgeblich oder mindestens zu erheblichen Teilen durch das Richterrecht der jeweiligen letzten Gerichtsinstanzen bewirkt. Allein deshalb lohnt sich eine vergleichende Betrachtung zu den Entwicklungsprozessen des Gemeinschaftsrechts in der Europäischen Union, auch wenn sie nicht von einem genuinen und ausgewiesenen „Europarechtler“ angestoßen wird. Betrachten Sie mich bitte für den folgenden kurzen Problemaufriß als einen interessierten „Laienbeobachter“ vergleichbarer, nicht etwa gleicher rechtspolitisch angetriebener Entwicklungsprozesse.

Zu den rechtstheoretischen Einsichten, die aus solchen Vergleichen vielleicht gewonnen werden können, formuliere ich im Folgenden acht Hypothesen. Sie sind als Denkanstöße, vielleicht auch als Provokationen gedacht, die Widerspruch erregen sollen. Denn alle unsere wissenschaftlichen Ansichten sind nach meinem Verständnis immer der letzte Stand des möglichen Irrtums. Wer sie widerlegt, fördert die Wahrheitsannäherung und hat unseren Dank verdient.

Hypothese 1:

Die Analyse der genannten System- und Verfassungswechsel gewährt Einsichten in die realen Funktionsweisen des Rechts, der Gerichte und der juristischen Berufe, die in der staatsrechtlichen Normallage nicht mit gleicher Deutlichkeit zutage treten.

II. Die offene Rechtsnatur der EU

Hier ist zu unterscheiden:

1. Europäische Gemeinschaften

Ihre Rechtsnatur ist umstritten. Es werden vor allem zwei Auffassungen vertreten.

- EG-Recht ist Völkerrecht, denn das primäre Gemeinschaftsrecht ist durch völkerrechtliche Verträge entstanden, das sekundäre Gemeinschaftsrecht ist aus ihnen abgeleitet.
- Die Gegenthese: Das Gemeinschaftsrecht ist eine Rechtsordnung eigener Art. Es hat vertrags- und verfassungsrechtlichen Charakter.

Im Gegensatz zur EU besitzt die EG eine eigene Rechtspersönlichkeit. Sie kann selbständig verbindliche völkerrechtliche Verträge schließen.

2. Europäische Union

Die Europäische Union ist bis heute staatsrechtlich nicht eindeutig typisiert und wohl auch nicht typisierbar. Sie ist im Maastrichter Vertrag an keiner Stelle mit eigenen Kompetenzen ausgestattet worden. Sie sollte nach dem Willen der Vertragsparteien keine auf der völkerrechtlichen Ebene

rechtsfähige staatsähnliche Organisation sein. Der anders konzipierte Verfassungsvertrag ist nicht ratifiziert. Die EU ist daher weder ein *Bundesstaat* noch ein *Staatenbund* und auch nicht nur eine „*internationale Organisation*“ im üblichen Sinne. Ihr kommt, im Gegensatz zur EG, keine „Supranationalität“ zu. Sie kann keine verbindlichen Beschlüsse fassen, welche die Mitgliedstaaten gegen deren Willen rechtlich binden. Es gibt keinen Vorrang des Rechts der EU gegenüber den nationalen Rechtsordnungen. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sie bezeichnet als einen „*Staatenverbund zur Verwirklichung einer immer engeren Union der – staatlich organisierten – Völker Europas*“.¹

Sie ist demnach ein im Werden begriffenes, staatsrechtlich in ihrem Entwicklungsziel *offenes Gebilde*, dessen Endzustand nicht definiert ist. Die europapolitischen Wunschvorstellungen der Mitgliedstaaten und der politischen Gruppierungen haben eine große Bandbreite zwischen einem „Europa der Vaterländer“, wie es General de Gaulle genannt hat, und einem straff organisierten souveränen europäischen Bundesstaat.

Die Entwicklung der Union wird – nach dem vorläufigen (?) Scheitern einer „Europäischen Verfassung“ – gleichwohl durch eine Reihe wirkungskräftiger Motoren weiter vorangetrieben. Zu nennen sind

- die *Wirtschaftseinheit* durch den freien Verkehr von Personen, Waren und Dienstleistungen sowie ein straff durchgesetztes, strenges Wettbewerbsrecht;
- die *Währungseinheit* des Euro in dem ganz überwiegenden Teil der Mitgliedstaaten;
- die zunehmende europäische *Rechtseinheit* durch die Setzung von Rechtsnormen und deren Durchsetzung. Dabei spielt, neben den zur Rechtssetzung berufenen

¹ BVerfG 89, 155,188.

Organen der Gemeinschaften (Rat, Kommission und Parlament), die normsetzende Funktion des Europäischen Gerichtshofes in Luxemburg eine wichtige Rolle. Sie wird in allen Grundsatzentscheidungen wirksam. Ihre Bedeutung wird eine von vielen Beobachtern verkannt oder unterschätzt.

Diese Faktoren bewirken zusammen eine starke Eigendynamik im Sinne einer Intensivierung des Zusammenwachsens der Mitgliedstaaten.

III. Das Rechtssystem der Europäischen Union

Um sie zu verstehen, ist ein kurzer Hinweis auf das System und die Funktionsweise des Rechts der EU unerlässlich. Ich beschränke mich dabei auf das „primäre“ und das „sekundäre“ Gemeinschaftsrecht.

Primäres Gemeinschaftsrecht ist vor allem das Recht der *Gründungsverträge* der Europäischen Gemeinschaften.

Es ist das eine ganze Reihe von Verträgen von der Gründung der Europ. Gemeinschaft für Kohle und Stahl (1951) über den EWG-Vertrag (1957), die Europ. Atomgemeinschaft (1957), die Einheitliche Europäische Akte (1986), den EU-Vertrag über die Wirtschafts- und Währungsunion (Maastricht 1992), die Eu bis zu den verschiedenen Beitrittsverträgen der letzten Jahre.

Die Gründungsverträge enthalten vor allem Regelungen über die Organisation der europäischen Institutionen und Einzelermächtigungen zum Erlaß von Rechtsnormen. Vereinzelt enthalten sie Vorschriften, die für alle Bürger der Union unmittelbar gelten. Das gilt etwa für die Vorschriften

der Art. 81 und 82 EGV über den wirtschaftlichen Wettbewerb. Sie schreiben mit supranationaler Wirkung eine verbindliche „Wettbewerbsverfassung“ der Gemeinschaft vor.

Sekundäres Gemeinschaftsrecht ist das von den Gemeinschaftsorganen auf der Grundlage der genannten Verträge gesetzte Recht. Als verschiedene Arten des sekundären Rechts unterscheidet Art. 249 EGV *Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen*. Welche Art der Rechtsetzung die Organe jeweils benutzen dürfen, das regelt die jeweilige Kompetenznorm. Die Verträge sehen nämlich keine generelle Ermächtigung der Rechtsetzungsorgane (Rat, Kommission, Parlament) zum Erlaß von Normsetzungen vor. Sie enthalten nur *Einzelermächtigungen*, die zusätzlich durch jeweils eigene Verfahrensvorschriften geregelt sind.

IV. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts

Verordnungen gelten in den Mitgliedstaaten als unmittelbar geltendes und zwingendes Recht für alle Bürger, entfalten also eine *supranationale*

Wirkung, indem sie entgegenstehende nationale Rechtsvorschriften verdrängen.

Richtlinien wenden sich dagegen zunächst nur an die *normsetzenden Instanzen* der Mitgliedstaaten. Sie müssen von diesen durch die nationale Gesetzgebung innerhalb der in der Richtlinie angegebenen Frist in für alle gültiges Recht umgesetzt werden. Dabei lassen die Richtlinien den nationalen Normsetzungsorganen einen mehr oder weniger großen Spielraum. Sie geben lediglich die verbindlichen Ziele, nicht aber die dazu geeigneten Wege und Instrumente vor. Bei der Umsetzung einer Richtlinie haben die Mitgliedstaaten

allerdings diejenigen Instrumente zu wählen, welche die Durchsetzung der vorgegebenen Ziele gewährleisten. Kommt es zu Zweifeln bei der Auslegung der nationalen Umsetzungsvorschriften, so ist auf die europäische Richtlinie und deren Begründung zurückzugreifen.

Art. 5 EGV verpflichtet die Mitgliedstaaten der Union, das Gemeinschaftsrecht effektiv durchzusetzen. Dazu gehört auch europarechtskonforme Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Dieser Grundsatz hat auch für die Richtlinien Bedeutung. Denn unter bestimmten Umständen wird auch den Richtlinien eine unmittelbare Geltung im Verhältnis Individuum ./. Staat („vertikale Wirkung“) zugesprochen. Das gilt unter drei Voraussetzungen:

- die Umsetzungsfrist ist abgelaufen;
- die Bestimmung der Richtlinie ist für den Betroffene günstig;
- ihr Regelungsgehalt ist unbedingt, hinreichend genau umrissen und daher unmittelbar anwendbar.

Dann sind alle mitgliedstaatlichen Behörden, also auch die Gerichte, an die Richtlinie gebunden. Entgegenstehendes staatliches Recht wird verdrängt.

Das Verhältnis zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten ist allerdings bis heute nicht in allen Einzelheiten geklärt. Dazu haben auch unterschiedliche Stellungnahmen des Europäischen Gerichtshofes und den obersten Instanzen der nationalen Gerichtsbarkeiten, etwa des deutschen Bundesverfassungsgerichts beigetragen.

Der EuGH hat schon früh das EG-Recht als eigenständige Rechtsordnung mit Vorrang vor den nationalen Rechten angesehen. Das ist im Grundsatz schon wegen des Zieles einer Vereinheitlichung der europäischen Rechtsordnung im Sinne

der Gründungsverträge, also des primären Gemeinschaftsrechts, zu bejahen. Andererseits hat sich das deutsche Bundesverfassungsgericht vorbehalten, das Gemeinschaftsrecht im Kollisionsfall an tragenden Prinzipien der deutschen Verfassung, des Grundgesetzes, zu überprüfen, wenn anders ein wirksamer Grundrechtsschutz nicht gesichert wäre.²

Es erkennt einen Vorrang des EU-Rechts nur aufgrund einer vorhandenen verfassungsrechtlichen Ermächtigung zur Abweichung vom deutschen Verfassungsrecht an. Die damit verbundenen, komplizierten Streitfragen müssen und können hier dahingestellt bleiben. Beide Auffassungen stimmen darin überein, daß für den Fall einer Kollision die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften prinzipiell vorrangig anzuwenden sind.³ Daraus folgt zugleich, daß nationale Rechtsvorschriften Gemeinschaftsrechtskonform auszulegen sind. Bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten ist diejenige zu wählen, die dem Gemeinschaftsrecht entspricht.

Beispiele: Nachtarbeitsverbot für Arbeitnehmerinnen nach § 19 der deutschen Arbeitszeitordnung – inzwischen aufgehoben. Das Verbot verstieß gegen die Richtlinie 76/207 EWG, weil es allein für Frauen galt (EuGH EuZW 1991, 666 für die dem deutschen Recht entsprechende französische Regelung. Ferner: § 1 Nr. 2 deutsches Lohnfortzahlungsgesetz. Die Vorschrift schloß Teilzeitbeschäftigte von der Lohnfortzahlung aus. Sie war mit Art. 141 EG (Art. 119 EGV alt) unvereinbar (BAG NZA 1992, 259) und ist inzwischen aufgehoben.

² BVerfGE 75, 223; 52, 202; 73, 339; BVerfG NJW 1990, 974; BVerfGE 89, 155 ff.

³ EuGH Slg. 1963, 1 „van Gend & Loos“; 1964, 1251 „Costa/ENEL“; BVerfGE 73, 239; 85, 191, 203 ff.; 89, 155.

Festzuhalten ist meine

Hypothese 2:

Mit der Begründung und institutionellen Verankerung einer supranational geltenden Rechtsordnung sind im Interesse einer wachsenden einheitlichen europäischen Rechtsordnung für viele (nicht alle) Teilbereiche des gesellschaftlichen und politischen Lebens in der Union vielfältige einschneidende Eingriffe und Verdrängungsprozesse in die nationalen Rechtsordnungen „konstitutionell“ vorprogrammiert. Wer Mitglied der EU wird, gibt einen Teil seiner Souveränität in Fragen der Gesetzgebung auf, soweit im primären Europarecht Ermächtigungen der Gemeinschaftsorgane zur Setzung sekundären Gemeinschaftsrechts vorgesehen sind.

V. Die starke Stellung des Europäischen Gerichtshofes

Art. 234 EG sieht, um eine gemeinschaftskonforme Rechtsanwendung und damit die europäische Rechtseinheit im Bereich der EG zu sichern, ein *Vorabentscheidungsverfahren* vor. Danach können und gegebenenfalls müssen nationale Gerichte Zweifelsfragen zur Auslegung primären und sekundären Gemeinschaftsrechts dem EuGH vorlegen, bevor sie selbst entscheiden. Das vorlegende Gericht ist dann an die Entscheidung des EuGH gebunden.

Durch seine Entscheidungskompetenzen insgesamt ist der EuGH zu einer wichtigen Normsetzungsinstanz für das Gemeinschaftsrecht und damit für die rechtliche und politische Gestaltung der EU und ihrer künftigen Entwicklung geworden. Seine Entscheidungen greifen oft erheblich in die gewachsenen

Strukturen der Rechtsordnungen und des Wirtschaftslebens der Mitgliedstaaten ein.

Das wird von den Hütern der nationalen Rechtsordnungen naturgemäß nicht immer gern gesehen und anerkannt. Andererseits sind solche Eingriffe die notwendige und „programmierte“ Folge der Errichtung einer Staatengemeinschaft wie der EU, deren Ziel es ist, über eine vertraglich gewollte und begrenzte Vereinheitlichung der nationalen Rechtsordnungen zu einer Vereinheitlichung der Lebensverhältnisse zu gelangen. Eine vereinheitlichte Rechtsordnung mit supranationaler Verbindlichkeit ist darauf angelegt, Teile der nationalen Rechtsordnungen zu verändern oder außer Kraft zu setzen.

Als letzte Instanz hat sich der EuGH zu einer herausragend wichtigen *Normsetzungsinstanz* entwickelt. In Anlehnung an den berühmten Richter des Supreme Court der USA O. W. Holmes kann man das so formulieren:

Europäisches Gemeinschaftsrecht ist, nüchtern betrachtet, nichts anderes als die richtige Vorhersage dessen, was der EuGH als letzte Instanz entscheidet.

Alle Grundsatzentscheidungen des EuGH sind normsetzende Rechtsakte. Sie schaffen verbindliches *europäisches Richterrecht* im Sinne einer eigenen Rechtskategorie, die ich als eine eigenständige *Rechtsquelle* verstehe. Sie setzt für die nachgeordneten nationalen Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsinstanzen der Mitgliedstaaten verbindliches Recht. Denn der Anwendungsvorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts umfaßt auch das europäische Richterrecht.

Erfahrungen der Rechtsentwicklung nach mehrfachen Systemwechseln

Das läßt sich an zahlreichen Beispielen belegen, auf die ich hier verzichte.⁴

Die Entscheidungen des EuGH greifen oft, ich wiederhole es, tief in die historisch gewachsenen nationalen Rechtsordnungen ein und verdrängen sie. Seine Rechtsprechung wird nicht selten als schmerzlich, als „ausufernd“ empfunden und kritisiert.⁵ Manche Entscheidungen haben das Vertrauen in die Weisheit und den ökonomischen Sachverstand des EuGH nicht unbedingt verstärkt.⁶ Die Gesamtwürdigung des gemeinschaftsrechtlichen Einflusses der Entscheidungen des EuGH auf mein Spezialgebiet, das deutsche Arbeitsrecht, fällt daher eher zurückhaltend bis kritisch aus.⁷

Die so umschriebene Rechtsordnung der EU, die bisher weder einen Bundesstaat noch einen Staatenbund bildet, ist also – im Sinne meines Themas – Teil einer

vorweggenommenen europäischen Staatlichkeit.

⁴ Vgl. etwa zum Arbeitsrecht Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 16. Aufl., Stuttgart 2004, Rdnr. 108-110.

⁵ Beispiele zum Arbeitsrecht bei Brox/Rüthers/Henssler, wie vorige Fußnote, Rdnr. 108.

⁶ Vgl. etwa die Entscheidungen EuGH NZA 1992, 735 „Paletta“; EuGH AP Nr. 106 zu § 613a BGB „Christel Schmidt“; EuGH BB 2005, 2748 „Mangold/Helm“ mit zahlreichen kritischen Kommentaren in der deutschen Fachpresse.

⁷ Beispiele: Steindorff, JZ 1994, 97; Schiefer DB 1993, 39; Gamillscheg, Arbeitsrecht I, 8. Aufl. 2000, S. 19, 355; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Arbeitsrecht, 13. Aufl. Rdnr. 132.

VI. Das Richterrecht in Systemwechseln

1. Die Grundfragen des Richterrechts

Die Rechtsordnungen Kontinentaleuropas sind über Jahrhunderte hin von der Vorstellung geprägt worden – und bis heute davon beeinflusst –, daß verfassungsgemäß erlassene Gesetze das Leben des Staates, der Gesellschaft und der Bürger unmittelbar, gleichsam „*ipso iure*“ regeln. Die Gesetzesordnung war die Rechtsordnung, der „Rechtsstaat“ war ein Gesetzesstaat. Es herrschte die Auffassung des „Gesetzpositivismus“ und der „Reinen Rechtslehre“:

„Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, daß er Recht zu setzen berufen ist.“⁸

Die Richter galten als „Diener der Gesetze“, nicht aber als „Herren“ oder „Baumeister“ der Rechtsordnung, wie das bisweilen heute bisweilen von führenden Vertretern der Justiz in Deutschland als Aufgabe der Gerichte vertreten wird.⁹ Ihr Amt galt als „unpolitisch“, sie sollten nur der „Mund des Gesetzes“ sein.

Eine Gegenposition zum Gesetzpositivismus, der lange in Europa herrschte, bildet das anglo-amerikanische Fallrecht („Case Law“). Der bereits zitierte O. W. Holmes hat den zugrunde liegenden Rechtsbegriff auf die präzise Formel gebracht:

⁸ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1932, Neudruck (Studienausgabe), Heidelberg 1973, S. 82. Radbruch hat diese Auffassung nach 1945 unter dem Eindruck des NS-Unrechtsregimes grundlegend geändert im Sinne der Anerkennung vorgegebener oberster Grundsätze des Rechts und der Gerechtigkeit, formuliert in der „Radbruch’schen Formel“, vgl. G. Radbruch, *SJZ* 1946, 107.

⁹ Nachweise bei B. Rütters, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, *JZ* 2/2006, 53.

Erfahrungen der Rechtsentwicklung nach mehrfachen Systemwechseln

„The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.“¹⁰

Frei übersetzt:

„Recht ist in meiner Sicht nichts anderes als die richtige Vorhersage dessen, was die letzten Instanzen sagen.“

Mit dieser Aussage wird das Spannungsverhältnis zwischen den beiden Staatsgewalten Gesetzgebung und Rechtsprechung neu definiert. Es um die Gewaltenteilung, d. h. um die verfassungsrechtliche Problematik der Bindung der Gerichte an die Gesetze. Das ist in allen Kulturstaaten ein rechtsstaatlicher Verfassungsgrundsatz.

Wie Holmes hatte auch der deutsche Richter Oskar Bülow schon 1885 erkannt:

„Nicht das Gesetz, sondern Gesetz und Richteramt schaffen dem Volke sein Recht.“¹¹

Beide Aussagen bieten in meiner Sicht zutreffende Beschreibungen der realen Funktionsweisen des Rechts in justizstaatlichen Ordnungen, also für Staaten und internationale Organisationen, in denen Gerichte das letzte Wort darüber haben, was in konkreten Streitfällen *Recht* ist. Dann liegt nämlich die faktische Entscheidungskompetenz über den konkreten Inhalt der Gesetze im Anwendungsfall bei den zuständigen Gerichten, speziell bei den letzten Instanzen.

¹⁰ O. W. Holmes, Harvard Law Review, Vol. X (1897), p. 460.

¹¹ O. Bülow, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885, Neudruck Aalen 1972, S. 7.

Diese Einsicht in die Bedeutung, ja *Machtfülle* Entscheidungen der Justiz gegenüber der Gesetzgebung kennzeichnet die herausragende Stellung des Richterrechts. Die beiden Gewalten stehen in einer permanenten Konkurrenz zueinander. Nach der jeweiligen Verfassung hat in der Regel die Gesetzgebung die „Normsetzungs-prärogative“, also den Vorrang bei der Normsetzung. Sie ist, im Unterschied zu Justiz, beim Erlaß von Rechtsvorschriften *nur an die Verfassung gebunden*. Die Gerichte dagegen sind, wenn sie in ihren normsetzenden Grundsatzentscheidungen, etwa bei der „*richterlichen Rechtsfortbildung*“ in gesetzlich nicht geregelten Fragen, an *Gesetz und Recht* gebunden, sollen also den Weisungen und Geboten aller geltenden Rechtsvorschriften gehorchen.

In Tat und Wahrheit aber neigen sie dazu, mehr oder weniger souverän zu definieren, was zu ihrem konkreten Streitfall in den generell-abstrakt formulierten Rechtsnormen steht.

Meine Hypothese 3:

Diese starke, rechtpolitische Machtposition letzter Instanzen ist ein verfassungsrechtliches und verfassungspolitisches Dauerproblem jedes „Rechtswegestaates“.

Die Richtermacht ist schwer zu kontrollieren und einzugrenzen, weil das nur durch eine korrigierende, schwerfällig arbeitende Gesetzgebung geschehen kann. Es gilt insoweit das launige, aber durchaus wirklichkeitsgetreue Bonmot eines anderen Mitglieds des Supreme Court:

„Natürlich sind wir bei allen unseren Entscheidungen streng an die Verfassung gebunden. Aber was in der Verfassung steht, das definieren wir.“¹²

2. Erfahrungen aus Systemwechseln

Einer meiner Forschungsschwerpunkte seit etwa 1964 war der Wandel von Rechtsordnungen nach dem Wechsel politischer Systeme.¹³

Solche Vorgänge gab es nicht nur in Deutschland. Viele Länder haben eine ähnliche Häufung von System- und Verfassungswechseln erlebt, etwa Italien, Spanien, Portugal, Ungarn, Tschechien, Polen, Griechenland, Rumänien, Bulgarien, Frankreich, die baltischen Staaten u.a.

Das Ergebnis meiner Analysen zeigt: Die einschneidenden Umwandlungen der jeweiligen Rechtsordnungen wurden bei allen diesen Systemwechseln maßgeblich auch durch

¹² “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.” C. E. Hughes, *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes*, New York, 1908, S. 139.

¹³ Schriften zum Thema: B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 1. Aufl. 1968, 6. Aufl. 2005; *Arbeitsrecht und politisches System*, 2. Aufl. 1973; *Gesellschaftlicher Wandel - Anpassung oder Widerstand des Rechts?* - Königstein/Ts, 1981; *Rechtsordnung und Wertordnung - Zur Ethik und Ideologie im Recht* - Konstanz 1986; *Rechtsordnung und Wertordnung - Zur Ethik und Ideologie im Recht* - Konstanz 1986; *Entartetes Recht*, 2. Auflage, Zürich 1993, 3. Aufl. dtv-wissenschaft, Frankfurt a. M. 1994; *Die Wende-Experten - Zur Ideologieanfälligkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen*, 2., völlig, neubearbeitete und erweiterte Auflage des Buches „*Ideologie und Recht im Systemwechsel*“, München 1995; *Zeitgeist und Recht*, Walter-Raymond-Stiftung, Kleine Reihe Heft 62, Köln 1997; *Geschönte Geschichten – Geschönte Biographien / Sozialisationskohorten in Wendeliteraturen*, Ein Essay, Tübingen 2001.

Richterrecht bewirkt. Das erlaubt zunächst eine ganz allgemeine Feststellung, meine

Hypothese 4:

Funktionale rechtstheoretische Analysen der Ausnahmelagen von Systemwechseln gewähren Einblicke in die Funktionsweisen des Rechts, der Gerichte und der juristischen Berufe, die in der staatsrechtlichen Normallage zwar auch vorhanden, aber nicht mit gleicher Evidenz wahrnehmbar sind.

Ich gehe einen kühnen Schritt weiter zu

meiner Hypothese 5:

Die Gründung und der Beitritt zu einer neuen internationalen und teilweise supranationalen Rechtsordnung in der Form der EU bewirkt einen ähnlichen, nicht gleichen(!), aber den Vergleich lohnenden Systemwechsel in allen Mitgliedstaaten und sogar darüber hinaus. Das europäische Gemeinschaftsrecht wirkt unmittelbar, zwingend und tiefgreifend auf die Inhalte der nationalen Rechtsordnungen ein.

Das hat Gründe. Grundlegende Wechsel von Verfassungen und politischen Systemen wirken nicht nur an der Oberfläche. Besonders aufschlußreich ist die Analyse der Umwandlungen des Rechts in *totalitären* Systemen. Die Perversionen der gesamten Rechtsordnungen im NS-Staat und im SED-Staat sind bis heute in Deutschland nicht voll erkannt und verarbeitet. Dadurch drohen wichtige Einsichten verloren zu gehen:

1. Einmal etablierte Systemideologien wirken über den Bestand des zugehörigen politischen Systems hinaus. Je nach der Dauer von dessen Existenz und der Intensität ihrer Verwurzelung in Köpfen und Herzen wirken sie bisweilen noch Generationen später.
2. In der Ausnahmelage, sei es der *völkischen*, sei es der *sozialisti-schen* Rechtserneuerung, treten wichtige Funktionszusammen-hänge des Rechts und die Methoden seiner Umwertung deutli-cher hervor als in der Normallage. Das gilt besonders für die inten-sive Verknüpfung des *allen* Rechts mit wechselnden *außerrechtlichen* (weltanschaulichen/„ideologischen“) Glaubenssätzen und Wertvor-stellungen.

Gerade in diesem „Jahrhundert der Ideologien“ (K. D. Bracher) liegt hier das ebenso spannende wie oft verdrängte Problemfeld der Verschränkung von *Recht und Meta-physik* oder auch *Recht und Ideologie*.

Hypothese 6:

Die jeweils politisch etablierten Grundwerte (Systemideologie, Systemphilosophie) prägt die zentralen Inhalte der ihr zugehörigen Rechtsordnung; sie definiert in der Normallage die systemspezifische „Rechtsidee“ und das von den Staatsorganen, speziell der Justiz, verwirklichte Leitbild von „Gerechtigkeit“. Recht ist normativ geronnene, verfestigte Weltanschauung und Politik.

Hypothese 7:

Die sprachlichen und rechtsmethodischen Instrumente zur Umdeutung einer überkommenen („alten“)

Gesetzesordnung auf neu etablierte rechtspolitische Grundwerte und Ziele sind die folgenden:¹⁴

- (1) die Proklamation einer neuer "Rechtsidee";*
- (2) die Konstruktion neuer "Rechtsquellen" zur Verdrängung oder Veränderung der "alten", aber noch "geltenden" Gesetze;*
- (3) die Neuinterpretation unbestimmter Rechtsbegriffe und "Gene-ralklauseln" (sprachliche Leerformeln mit wechselndem Inhalt wie "Treu und Glauben", "gute Sitten", "wichtiger Grund");*
- (4) die Umdeutung von Rechtsgrundbegriffen (z.B. "Gleichheit" und „Diskriminierung“, "Rechtsfähigkeit", "subjektives Recht", Vertrag, "Gemeinschaft", "Menschenwürde", Ehe, Familie, "Persönlichkeitsrecht", "Grundrechte");*
- (5) die Konstruktion neuer oder konkurrierender Auslegungs-methoden.*

Hypothese 8:

Gerichte in Zeiten des Umbruchs der Wertvorstellungen und der Systemwechsel sind oft eifrige Umdeutungsakrobaten. Sie folgen nach den reichlich vorhandenen historischen Erfahrungen in der Regel den politisch etablierten „neuen“ Wertvorstellungen. Das gilt auch für de EuGH.

¹⁴ B. Rütters, *Entartetes Recht*, 3. Aufl., dtv-wissenschaft, München 1994, S. 22 ff.

Die Risiken und Problem des supranational wirkenden Richterrechts sind bisher nicht allgemein erkannt und reflektiert. Deshalb:

VII. Ein Beispiel für „wucherndes“ Richterrecht des EuGH

Auch Deutschland hat über 25 Jahre hin eine Massenarbeitslosigkeit von ständig wachsendem Ausmaß. Die Arbeitslosenquote der *registrierten* Arbeitlosen lag 2005 bei 11 %, das sind etwa 5 Millionen. Die Zahl der realen Arbeitslosen wird auf über 6 Mio. geschätzt. Besonders ältere „Langzeitarbeitslose“ haben erfahrungsgemäß nur noch geringe Chancen, einen Arbeitsplatz zu erhalten, weil der rigide deutsche Kündigungsschutz die Arbeitgeber zögern läßt, solche Bewerber einzustellen. Deshalb hat die deutsche Gesetzgebung den Kündigungsschutz für diese Gruppe gelockert.¹⁵ Arbeitsverträge, die mit Arbeitnehmern über einem Lebensalter von 52 Jahren geschlossen werden, dürfen danach – abweichend von den für Jüngere geltenden Beschränkungen – beliebig oft befristet werden. Die Gesetzgebung wollte damit die Beschäftigungschancen der älteren Arbeitslosen verbessern: Besser befristete Arbeitsverträge als Dauerarbeitslosigkeit der älteren Arbeitnehmer.

Der EuGH hat diese Bestimmung in einer Vorabentscheidung (Urteil vom 22. November 2005) für europarechtswidrig und unanwendbar erklärt.¹⁶ Die erleichterte Befristung diskriminiere unmittelbar die betroffenen älteren Arbeitnehmer wegen ihres Alters, weil die

¹⁵ § 14 Abs. 3 Teilzeitbefristungsgesetz

¹⁶ EuGH, BB 2005, 2748

allein auf das Alter abgestellte Differenzierung den Grundsatz der Angemessenheit und Erforderlichkeit verletze.

Die Entscheidung ist in dreierlei Hinsicht beachtenswert.

1. Für das konkrete Problem des Sozialschutzes der älteren Arbeitnehmer sind ihre Folgen *ökonomisch widersinnig*. Die Arbeitgeber sind beim Abschluß neuer Arbeitsverträge in ihren Entscheidungen weitgehend frei. Die prinzipielle Abschlußfreiheit ist bisher unbestritten.

Der Arbeitgeber kann also, wenn ihm eine Befristung rechtlich verwehrt ist, nach seinem Ermessen jüngere Arbeitnehmer bei der Einstellung bevorzugen, ohne das offenlegen oder begründen zu müssen.

Die Entscheidung des EuGH bewirkt in der Praxis des Arbeitslebens das Gegenteil dessen, was mit der Richtlinie und vom Gericht gewollte ist. Die Kenntnis und das Verständnis ökonomischer Zusammenhänge sind auch beim EuGH noch steigerungsfähig. Schon Karl Marx wußte: Ökonomische Gesetze wirken verlässlicher als juristische.

2. Der EuGH stützt seine Entscheidung zunächst auf *Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000 („Anti-Diskriminierungsrichtlinie“)*. Es obliege dem nationalen Gericht, die volle Wirksamkeit des allgemeinen Verbotes der Diskriminierung wegen des Alters zu gewährleisten, indem es jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet läßt. Das gelte auch dann, wenn die Frist zur Umsetzung der Richtlinie noch nicht abgelaufen sei.

Richtlinien wenden sich, wie oben dargestellt, primär an die nationalen Gesetzgeber mit dem Gebot, sie innerhalb einer bestimmten Frist in das nationale Recht umzusetzen.

Das Besondere dieser Entscheidung liegt darin, daß der EuGH die unmittelbare Geltung („Drittwirkung“) der Richtlinie zwischen den Parteien des im Streit befindlichen Arbeitsverhältnisses annimmt, obwohl die Umsetzungsfrist der Richtlinie noch nicht abgelaufen war und das nationale deutsche Recht gerade zum Schutz der älteren Arbeitnehmer einen anderen Weg gesetzlich geregelt hatte.

Um die unmittelbare Geltung zu begründen, beruft sich der EuGH auf das „allgemeine Verbot der Altersdiskriminierung“. Dies sei ein „allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“, wie er auch in den Verfassungen vieler Mitgliedstaaten verankert sei. Diese Begründung erlaubt es dem Gericht, die sehr speziell konzipierte Anti-Diskriminierungsrichtlinie, die in vielen Einzelbestimmungen in den Mitgliedstaaten umstritten ist, in den Rang einer unmittelbar und zwingend geltenden, supranationalen Norm des Gemeinschaftsrechts umzudeuten. Sie soll insoweit, auch ohne die vorgesehene nationale Umsetzung, entgegenstehende nationale Regelungen verdrängen.

Dabei geht es im Kern um die Konkretisierung des *Gleichheitssatzes*.

Der EuGH beansprucht damit die Kompetenz, abweichend von den nationalen gesetzlichen, auch verfassungsgesetzlichen Regelungen mit supranationaler Wirksamkeit zu definieren, was „gleich“ ist und was nicht. In dieser Dimension reicht

der Anspruch des Gerichts weit über den konkret entschiedenen Streitfall hinaus. Es geht im Kern um die *Auslegung von Grundrechten*, die in den nationalen Verfassungsordnungen traditionell einen anderen Inhalt haben als den, von dem der EuGH ausgeht.

Schon Gustav Radbruch hat festgestellt:

„Gleichheit ist nicht eine Gegebenheit; die Dinge und Menschen sind so ungleich wie ein Ei dem anderen. Gleichheit ist immer eine Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkt.“¹⁷

Damit sind die unausweichlichen, *wertenden*, *subjektiven* und *voluntativen* Elemente, die dem Gleichheitsargument eigen sind, zutreffend gekennzeichnet. Gleichheit ist keine logische, sondern eine wertende, teleologische Kategorie.

Das Gericht beansprucht mit diesem Urteil die Entscheidungs-hoheit über den Inhalt nationaler grundrechtlicher Verfassungs-garantien.

3. Die Entscheidung hat einen weiteren bemerkenswerten Aspekt.

Sie ist das Produkt einer raffinierten justiziellen Theaterin-szenierung.¹⁸ Die beteiligten „Streitparteien“ haben sich danach zusammengesetzt und dieses Verfahren vor dem Arbeitsgericht München bewußt und gewollt herbeigeführt. Der Prozeß war unter zwei

¹⁷ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe), Heidelberg/Stuttgart 1999, S. 37.

¹⁸ Vgl. W. Hunold, Editorial zu NJW 34/2005 sowie den Kommentar von D. Strybny, BB 2005, 2753.

Rechtsanwälten abgesprochen. Der beklagte Anwalt hatte einen älteren Kollegen mit dem Ziel eingestellt, daß dieser als Kläger die von beiden geplante Entfristungsklage erheben sollte. Sie machten so einen Rechtsstreit anhängig, dem kein Rechtstreit zugrunde lag, sondern ein gemeinsames rechtspolitisches Interesse der beiden Streitparteien. Das arbeitsgerichtliche Verfahren diene verfahrensfremden Zwecken. Sollte das Gericht dies nicht erkannt haben oder erkennen wollen?

Der Fall zeigt in allen drei genannten Aspekten anschaulich die Funktionen und Risiken eines unbefangenen praktizierten Richterrechts in der EU. Das Bundesarbeitsgericht ist mit einem Urteil vom 26.4.06 (7 AZR 500/04) dieser Vorgabe aus Luxemburg gefolgt.¹⁹

Der EuGH schwingt sich damit zur *Superrevisionsinstanz* in Diskriminierungsstreitigkeiten gegenüber allen Mitgliedstaaten und deren letzten Instanzen auf. Das in Art. 5 Abs. 2 und 3. EGV normierte Subsidiaritätsprinzip wird verletzt. Danach dürfen die Organe der EG in Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig werden, sofern die Ziele der in Betracht stehenden Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend

¹⁹ In der Literatur gibt es zahlreiche kritische Stimmen, aber auch bemerkenswert unkritische Zustimmung, welche sowohl die kompetenzrechtlichen Probleme der Entscheidung als auch ihre ökonomisch widersinnigen Folgen für ältere Arbeitnehmer am Arbeitsmarkt unbeachtet läßt. Vgl. die Hinweise bei W. Hunold, Mißbrauch des EuGH, NJW-Editorial zu Heft 34/2005; Strybny, BB 2006, 2753; W. Kopke, NJW 2006, 1040; U. Preis, NZA 8/2006, 401-410; ferner das Editorial von Meinel, BB 12/2006, 1.

erreicht werden können. Davon kann in der hier streitigen Fallgruppe im Ernst keine Rede sein.

Mit dieser Entscheidung beansprucht und praktiziert der EuGH einen EGV-fremden, generellen, superstaatlichen Normsetzungsvorrang gegenüber allen Mitgliedstaaten in Sachen Diskriminierung. Die Konsequenzen dieser Entscheidung reichen weit über den entschiedenen Streitfall, besser „Nicht-Streitfall“ hinaus.

EXPERIENȚE DEDUSE DIN SCHIMBĂRI SUCESIVE ALE SISTEMELOR POLITICE

**O CONTRIBUȚIE ÎN PRIVINȚA FUNCȚIILOR
ȘI RISCURILOR DREPTULUI JUDECĂTORESC
SUPRANAȚIONAL ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ
CA ANTICIPARE A STATALITĂȚII EUROPENE**

Bernd RÜTHERS

I. Precizări prealabile referitoare la competența limitată a referentului

De ce se încumetă un profesor german de drept civil și de teorie a dreptului să abordeze această temă dificilă? Unul din centrele de greutate ale câmpului meu de interese pe planul cercetării și doctrinei a fost și este transformarea ordinilor juridice în și după schimbările de sistem. Acest domeniu de cercetare m-a dus, printre altele, la stabilirea unor contacte fructuoase cu Facultatea de Drept din Iași, precum și cu alte facultăți de științe juridice din Praga, Varșovia și Lublin. A fost vorba, mai întâi, de analiza științifică a numeroaselor schimbări de sistem în Germania secolului al XX-lea: Imperiul până în 1918/1919, Republica de la Weimar până în 1933, dictatura național-socialistă până în 1945, regimul de ocupație până în 1949, „vechea” Republică Federală până în 1990, dictatura

PSUG [=Partidul Socialist Unit din Germania] până în 1989/1990, Republica Federală unită din 1990 încoace, precum și semnificația crescândă a dreptului comunitar al Uniunii Europene.

Fenomenul frecvențelor schimbări ale sistemului și ale Constituției nu a fost limitat pe plan european doar la Germania. Multe țări ale continentului au trăit și au suportat asemenea aglomerări ale schimbărilor de sistem, de exemplu Austria, Italia, Spania, Portugalia, Ungaria, Cehia, Grecia, România, Bulgaria, Polonia și chiar Franța.

Cele mai multe dintre aceste transformări ale ordinilor juridice au fost realizate în mod covârșitor sau cel puțin în măsură considerabilă prin dreptul judecătoresc al fiecărei instanțe supreme. De aceea merită întreprinsă o asemenea examinare comparativă, în raport cu procesele evolutive ale dreptului comunitar în Uniunea Europeană, chiar și când nu este inițiată de un specialist autentic și atestat în dreptul european. Considerați-mă, vă rog, în privința scurtei expuneri ce va urma, drept un „observator profan” interesat al unor procese de evoluție inițiate prin politici juridice inegale, dar comparabile.

În privința considerațiilor de teorie a dreptului care pot fi deduse eventual dintr-o asemenea comparație, formulez în cele ce urmează opt ipoteze. Ele sunt concepute ca incitând la gândire, poate chiar și ca provocări invitând la contrazicere. Toate opiniile noastre științifice constituie, după părerea mea, doar ultimul stadiu al erorii posibile. Cine le infirmă, promovează apropierea de adevăr și merită mulțumirile noastre.

Ipoteza 1

Analiza transformărilor de sistem și de constituție menționate oferă căi pentru înțelegerea modului real de funcționare a dreptului, a instanțelor și a profesiilor juridice, fapt care, în situația normală din punct de vedere constituțional și politic, nu se produce cu aceeași claritate.

II. Natura juridică deschisă a UE

Aici trebuie să distingem între:

1. Comunitățile Europene

Natura lor juridică este controversată. Sunt susținute cu precădere două concepții:

- dreptul comunitar european este drept internațional public, întrucât dreptul comunitar primar a apărut prin tratate internaționale, iar dreptul comunitar secundar este derivat din acesta;

- teza contrară: dreptul comunitar constituie o ordine juridică de tip aparte. Are deopotrivă un caracter convențional și constituțional.

Spre deosebire de UE, Comunitatea Europeană are o personalitate juridică. Ea poate încheia în mod de sine stătător tratate internaționale cu putere obligatorie.

2. Uniunea Europeană

Până în prezent, Uniunea Europeană nu este încă tipizată în mod precis și nici nu este tipizabilă. Nici o dispoziție a Tratatului de la Maastricht nu îi conferă vreo competență proprie. Conform voinței părților la acest tratat, ea nu urma să fie o organizație cvasi-statală având capacitate de drept

internațional. *Tratatul instituind o Constituție pentru Europa*, altfel conceput, nu este încă ratificat. Așadar, UE nu este nici un stat federal, nici o confederație de state și nici chiar o „organizație internațională” în sensul curent al termenului. În contrast cu CE, ei nu-i revine o „supranaționalitate”. Ea nu poate adopta decizii obligatorii, care să lege juridic statele membre contra voinței lor. Nu există o prioritate a dreptului UE față de ordinele juridice naționale. Curtea Constituțională Federală germană (*Bundesverfassungsgericht*) a desemnat-o ca „o asociație de state (*Staatenverbund*) pentru realizarea unei uniuni tot mai strânse a popoarelor Europei, organizate statal”¹.

Prin urmare ea este o structură deschisă (*ein offenes Gebilde*) sub aspectul – de drept constituțional – al obiectivului și direcției ei de dezvoltare, concepută ca fiind în devenire, și a cărei stare finală nu este încă definibilă. Reprezentările și opțiunile pe planul politicii europene ale statelor membre și ale grupărilor politice oferă o bandă largă de proiecte și soluții, de la o „Europă a patriilor”, așa cum a prezentat-o generalul de Gaulle și până la un stat federal european strict organizat.

Dezvoltarea „Uniunii” va fi promovată – după eșecul provizoriu (?) al unei „Constituții europene” – de către o serie de „motoare” performante. Ar fi de menționat:

- *Unitatea economică* realizată prin libera circulație a persoanelor, bunurilor și serviciilor, precum și printr-un drept sever al concurenței, aplicat cu strictețe;
- *Unitatea monetară* realizată prin Euro în cea mai mare parte a statelor membre;

¹ BVerfGE [*Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen = Culegere de decizii ale Curții Constituționale Federale*], vol. 89, pp. 155 și urm., la p. 188.

- *Unitatea juridică* crescândă prin adoptarea (*Setzung*) unor norme juridice și prin aplicarea acestora în practică (*Durchsetzung*). Aici, în afara organelor abilitate cu adoptarea unor norme juridice (Consiliul, Comisia și Parlamentul), un rol important pe planul funcției de adoptare a normelor (*normsetzende Funktion*) revine Curții de Justiție Europene din Luxemburg. Ea se manifestă activ prin toate deciziile sale privind probleme fundamentale [ale dreptului comunitar]. Importanța ei este ignorată sau subestimată de mulți observatori.

Împreună, acești factori determină o puternică dinamică autonomă, în sensul unei intensificări a dezvoltării interdependente a statelor membre.

III. Sistemul juridic al Uniunii Europene

Pentru a înțelege această dinamică este necesară o scurtă referire la sistemul și la modul de funcționare a dreptului Uniunii Europene. Mă voi limita în acest sens la dreptul comunitar „primar” și la cel „secundar”.

Dreptul comunitar primar este în primul rând dreptul *tratatelor constitutive* ale Comunităților europene. Avem aici o serie întregă de tratate, de la constituirea Comunității Europene a Cărbunelui și Oțelului (1951), trecând prin Tratatul constitutiv al Comunității Economice Europene (1957), al Comunității Europene a Energiei Atomice (1957), Actul Unic European (1986), Tratatul UE privind Uniunea Economică și Monetară (Maastricht, 1992) și până la diversele tratate de aderare din ultimii ani.

Tratatele constitutive conțin în primul rând reguli privind organizarea instituțiilor europene precum și abilitări

individuale pentru adoptarea unor norme juridice. În anumite pasaje, ele conțin dispoziții valabile pentru toți cetățenii UE. Un exemplu în acest sens îl reprezintă dispozițiile articolelor 81 și 82 din Tratatul constitutiv al Comunității Europene, referitoare la concurența în domeniul economic. Ele prescriu o adevărată „constituție concurențială” a Comunității, cu efecte supranaționale.

Dreptul comunitar secundar este dreptul adoptat de către organele comunitare în baza tratatelor menționate. Art. 249 al Tratatului constitutiv consacră, ca forme distincte de adoptare a dreptului comunitar secundar, *regulamentele*, *directivele* și *deciziile*. Norme speciale de competență decid care anume formă de adoptare (*Rechtsetzung*) va fi utilizată de organele Comunității pentru fiecare caz în parte. Tratatul nu dispune o abilitare generală a organelor Comunității cu atribuții de reglementare (Consiliu, Comisie, Parlament). Ele conțin doar *abilitări individuale*, reglementate suplimentar prin reguli procedurale proprii.

IV. Prioritatea dreptului comunitar

Regulamentele au valabilitate în statele membre ca drept valid în mod nemijlocit și obligatoriu pentru toți cetățenii, având așadar un *efect supranațional*, prin aceea că dislocă (*verdrängen*) dispozițiile contrare din dreptul național.

Directivele se adresează mai întâi exclusiv instanțelor nomotetice* (*normsetzende Instanzen*) ale statelor membre.

* Am optat pentru redarea termenului de „normsetzend” (desemnând acțiunea de a „stabilii” sau „așeza” normele) prin cuvântul „nomotetic”. În Atena, nomoteții erau membrii unui consiliu însărcinat cu examinarea și revizuirea legilor. Activitatea „nomotetică” vizează adoptarea oricărei categorii de norme juridice, fiind așadar mai cuprinzătoare decât legiferarea (n. tr.).

Ele trebuie transpuse de către acestea, în termenul menționat în cuprinsul fiecărei directive, în drept valabil față de toți subiecții. Aici, directivele lasă organelor nomotetice naționale un spațiu de manevră mai mult sau mai puțin larg, în funcție de împrejurări. Ele stabilesc doar obiectivele obligatorii, nu însă și mijloacele și instrumentele adecvate pentru acestea. În aplicarea unei directive, statele membre trebuie însă să aleagă acele mijloace care garantează realizarea obiectivelor prescrise. În caz de dubiu în privința interpretării dispozițiilor normei naționale de aplicare a directivei, trebuie să se recurgă la textul directivei europene și la nota ei de fundamentare.

Art. 5 din Tratatul constitutiv al Comunității Europene obligă statele membre la aplicarea efectivă a dreptului comunitar. Acest principiu este relevant și în privința directivelor. Aceasta pentru că în anumite împrejurări, și directivelor li se conferă o anumită valabilitate în relația individ – stat („efect vertical”). Sunt trei condiții pentru aceasta:

- termenul de aplicare a expirat;
- dispoziția din directivă este în favoarea celui afectat;
- conținutul normativ este necondiționat, precizat suficient de clar și, prin urmare, poate fi aplicat în mod nemijlocit.

În acest caz, toate autoritățile statelor membre, inclusiv instanțele judecătorești, sunt legate prin dispozițiile directivei. Dreptul statal contrar acestor dispoziții cedează în fața normei comunitare.

Totuși, raportul între dreptul comunitar și dreptul național al statelor membre nu este clarificat în toate detaliile. La această situație au contribuit și luările de poziție diferite ale Curții Europene de Justiție și ale instanțelor supreme naționale, ca de exemplu Curtea Constituțională Federală din Germania.

Curtea Europeană de Justiție a privit deja de la început dreptul comunitar european ca o ordine juridică având

prioritate față de dreptul național. Această poziție trebuie confirmată în principiu, măcar datorită obiectivului unei unificări a ordinii juridice europene în sensul avut în vedere de tratatele constitutive, adică de dreptul comunitar primar. Pe de altă parte, Curtea Constituțională Federală din Germania și-a rezervat prerogativa de a examina dreptul comunitar în cazul unor contradicții față de principiile fundamentale ale Constituției germane, atunci când o protecție efectivă a drepturilor fundamentale nu este posibilă pe altă cale².

Instanța recunoaște o prioritate a dreptului UE doar pe baza unei abilitări constituționale existente de a deroga de la dreptul constituțional german. Complicatele aspecte discutabile, legate de această problemă, nu pot și nu trebuie să fie examinate în detaliu aici. Ambele concepții în materie cad de acord asupra faptului că în cazul unui conflict între norme, dispozițiile dreptului comunitar trebuie aplicate, în principiu, cu prioritate.³ De aici reiese în același timp că dispozițiile dreptului național trebuie interpretate într-un sens compatibil cu dreptul comunitar. În cazul existenței mai multor posibilități de interpretare, trebuie aleasă cea care corespunde dreptului comunitar.

Exemple: interdicția muncii pe timp de noapte, conform § 19 din legea germană privind timpul de muncă (între timp abrogat). Interdicția contravenea Directivei nr. 76/207 a

² BVerfGE, [vol.] 75, [pp.] 223 [și urm.]; [vol.] 52, [pp.] 202 [și urm.]; [vol.] 73, [pp.] 339 [și urm.]; precum și decizia publicată în „Neue Juristische Wochenschrift“, 1990, col. 974 și urm; BVerfGE, [vol.] 89, [pp.] 155 [și urm.];

³ Curtea Europeană de Justiție, decizia în cazul „Van Gend & Loos” în Culegerea de decizii pe anul 1963, pp. 1 și urm.; decizia în cazul „Costa / ENEL”, în Culegerea de decizii pe anul 1964, pp. 1251 și urm.; BVerfGE, [vol.] 73, [pp.] 339 [și urm.]; [vol.] 85, [pp.] 191 [și urm.], la pp. 203 [și urm.]; [vol.] 89, [pp.] 155 [și urm.].

Comunității Europene, întrucât era valabilă doar în privința femeilor (vezi Curtea Europeană de Justiție, [decizia publicată în] „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht”, 1991, pp. 666 [și urm.], în privința reglementării franceze, similară celei germane). În plus: § 1, nr. 2 din legea germană privind continuarea plății salariului. Dispoziția excludea angajații temporari de la beneficiul continuării plății salariului. Ea era incompatibilă cu art. 141 din Tratatul constitutiv al Comunității Europene (art. 119, în vechea redactare), fiind apoi abrogată (vezi Bundesarbeitsgericht, în „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht”, 1992, pp. 259 și urm.).

De reținut este:

Ipoteza nr. 2

Odată cu fundamentarea și ancorarea instituțională a unei ordini juridice valabilă supranațional, sunt „programate constituțional”, cu anticipație, în interesul unei ordini juridice europene unitare, ingerințe profunde în multe (dar nu în toate) domeniile vieții sociale și politice a Uniunii, precum și o serie de procese de dislocare a ordinii juridice naționale. Cel ce devine membru al UE renunță la o parte din suveranitate în privința legislației, în măsura în care în dreptul european primar sunt prevăzute abilitări ale organelor comunitare în vederea adoptării unui drept comunitar.

V. Poziția solid constituită a Curții Europene de Justiție

În vederea asigurării unei aplicări a dreptului intern conforme cu dreptul comunitar și, prin aceasta, a unității juridice europene, art. 234 din Tratatul constitutiv al

Experiențe deduse din schimbări succesive ale sistemelor politice. O contribuție...

Comunității Europene prevede o *procedură a deciziilor prejudiciale*. În baza acesteia, instanțele naționale pot sau chiar trebuie să supună Curții Europene de Justiție problemele controversate privind interpretarea dreptului comunitar primar și secundar, înainte de a decide ele însele în cauza respectivă. Instanța care a supus Curții chestiunea controversată spre rezolvare este legată de decizia acesteia.

Prin competența sa privitoare la astfel de decizii, Curtea Europeană de Justiție a devenit o importantă instanță nomotetică pentru dreptul comunitar european și – prin aceasta – pentru configurarea juridică și politică a UE și pentru evoluția sa ulterioară. Deciziile sale au deseori efecte profunde în structurile organic constituite în timp ale ordinii juridice și ale vieții economice a statelor membre.

În mod firesc, acest fapt nu este privit și recunoscut întotdeauna cu plăcere de către păzitorii ordinilor juridice naționale. Pe de altă parte, asemenea ingerințe sunt consecința necesară și „programată” a instituirii unei comunități de state precum UE, al cărei obiectiv este ca printr-o unificare limitată și deliberată, în baza voinței exprimate prin tratate, a ordinilor juridice naționale, să se ajungă la o unificare a relațiilor din toate domeniile vieții. O ordine juridică unificată având obligativitate supranațională este programată inevitabil să modifice sau să abroge anumite părți ale ordinilor juridice naționale.

Ca ultimă instanță, Curtea Europeană de Justiție, s-a impus ca *instanță nomotetică* de excepțională importanță. Parafrazându-l pe renumitul judecător al Curții Supreme a SUA, Oliver Wendell Holmes, putem spune că:

După o examinare lucidă, dreptul comunitar european nu este nimic altceva decât predicția corectă a ceea ce va decide Curtea Europeană de Justiție, ca ultimă instanță.

Toate deciziile fundamentale ale Curții Europene de Justiție sunt acte juridice nomotetice. Ele creează *drept judecătoresc european* obligatoriu în sensul unei categorii juridice proprii, pe care o înțeleg ca fiind o *sursă distinctă a dreptului*. Ea stabilește un drept obligatoriu pentru instanțele naționale de adoptare și de aplicare a dreptului. Aceasta pentru că prioritatea privind aplicarea dreptului comunitar european vizează și domeniul dreptului judecătoresc, fapt care se poate ilustra prin numeroase exemple, la care renunț⁴.

Deciziile Curții Europene de Justiție intervin deseori – repet acest lucru – profund în ordinile juridice naționale formate în timp, dislocându-le. Practica judiciară a Curții este nu rareori percepută și criticată ca fiind „stânjenitoare” sau „depășindu-și limitele” (*ausufernd*)⁵. Unele decizii nu au fost neapărat de natură să sporească încrederea în înțelepciunea Curții și nici în capacitatea acesteia de înțelegere a problemelor economice.⁶ Aprecierea de ansamblu a influenței dreptului comunitar, prin intermediul deciziilor Curții Europene de Justiție, asupra domeniului meu de specialitate, dreptul german al muncii, este mai degrabă rezervată sau chiar critică.⁷

⁴ Vezi, de exemplu, în privința dreptului muncii, Hans Brox, Bernd Rütters, Martin Henssler, *Arbeitsrecht*, ediția a 16-a, Stuttgart, Kohlhammer, 2004, nr. 108-110.

⁵ Exemple din domeniul dreptului muncii: *ibid.*, nr. 108.

⁶ Vezi de exemplu, deciziile Curții, publicate în „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht”, 1992, pp. 735 și urm. (“Cazul Paletta”); EuGH, AP, nr. 106, raportat la § 613 din BGB [=Codul civil german] (“Cazul Christel Schmidt”); EuGH, BB, 2005, pp. 2748 și urm. (“Cazul Mangold/Helm”), cu numeroase comentarii critice în presa germană de specialitate.

⁷ Exemple: Steindorff, în “Juristenzeitung”, 1994, pp. 97 și urm.; Schiefer, în „Der Beamte”, 1993, pp. 39 și urm.; Gamillscheg, *Arbeitsrecht I*, 8. Aufl., 2000, pp. 19 și urm.; 355 și urm.; Hanau / Adomeit, *Arbeitsrecht*, Luchterhand, München, 13. Aufl., 2005, nr. 132.

Ordinea juridică astfel circumscrisă a UE, care până în prezent nu reprezintă nici un stat federal și nici o confederație de state, este așadar – în sensul temei mele – o parte a unei

statalități europene anticipate.

VI. Dreptul judecătoresc în cursul schimbărilor de sistem

1. XXXXX

Ordinile juridice ale Europei continentale au fost marcate de secole – fiind influențate și în prezent – de ideea că legile adoptate conform Constituției reglementează în mod nemijlocit, *ipso iure*, viața statului, a societății și a cetățenilor. Ordinea legală reprezenta ordinea juridică, iar „statul de drept” (*Rechtsstaat*) era un stat al legii (*Gesetzstaat*). Domina concepția „pozitivismului legii” și a „teoriei pure a dreptului”:

„Cel ce reușește să impună dreptul dovedește prin aceasta că este îndreptățit să și adopte (setzen) dreptul.”⁸

Judecătorii erau considerați „slujitori ai legii” și nicidecum „stăpâni” (*Herren*) sau „arhitecți” ai ordinii juridice, după cum susțin astăzi reprezentanți de frunte ai justiției din Germania atunci când definesc sarcinile instanțelor.⁹ Funcția lor era privită ca apolitică, ei trebuiau să fie doar „gura legii”.

⁸ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1932, reimpreziune la C.F. Müller, Heidelberg, 1973, p. 82. După 1945, sub impactul regimului fărădelegii național-socialiste (NS-Unrechtsregime), Radbruch și-a revizuit fundamental această opinie, în sensul recunoașterii unor principii supreme preexistente ale dreptului și ale dreptății, exprimate prin „Formula lui Radbruch”; vezi G. Radbruch, în „Süddeutsche Juristenzeitung”, 1946, pp. 107 și urm.

⁹ Detalii în acest sens, la B. Rütters, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, în „Juristenzeitung”, Nr. 2 / 2006, pp. 53 și urm.

O poziție opusă pozitivismului legii, care a predominat pentru multă vreme în Europa, a fost adoptată în dreptul judiciar american (*Case Law*). Oliver Wendell Holmes, citat mai sus, a definit conceptul de drept aflat la baza concepției respective prin această formulă precisă:

„The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law.”¹⁰

Într-o traducere liberă:

„În opinia mea, dreptul nu este nimic altceva decât predicțiunea corectă a ceea ce vor spune instanțele ultime.”

Prin acest enunț a fost redefinit raportul tensionat dintre cele două puteri ale statului, legislativul și puterea judecătorească. Este vorba de separația puterilor, adică de problematica de drept constituțional a legării instanțelor față de lege. Pentru toate statele care ating un anumit nivel minim de cultură (*Kulturstaaten*), aceasta constituie un principiu constituțional ținând de esența statului de drept.

La fel ca și Holmes, judecătorul german Oskar Bülow a recunoscut deja din 1885 că:

„Nu legea, ci legea și corpul judecătoresc dau poporului dreptul său.”¹¹

¹⁰ O.W. Holmes, în “*Harvard Law Review*”, vol. X (1897), p. 460.

¹¹ O. Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, republicare, Scientia Verlag, Aalen, 1972, p. 7.

Ambele aserțiuni oferă, în opinia mea, descrieri adecvate ale modului real de funcționare a dreptului în ordini ale statului de justiție (*in justizstaatlichen Ordnungen*), adică pentru state și organizații internaționale în care instanțele au ultimul cuvânt asupra a ceea ce este *dreptul* în caz de litigiu. Într-o asemenea situație, competența decizională efectivă în privința conținutului concret al legilor pentru cazul respectiv revine instanțelor competente, în special ultimelor instanțe.

Această constatare a importanței, ba chiar a *plenitudinii puterii* deciziilor justiției în raport cu legislativul caracterizează poziția proeminentă a dreptului judecătoresc. Ambele puteri se află într-un raport de concurență permanentă. Prin constituție, prerogativa nomotetică (*Normsetzungsprärogative*), adică prioritatea în stabilirea normelor (*Normsetzung*), revine de regulă legislativului. Spre deosebire de justiție, în adoptarea normelor juridice, el este *legat doar prin constituție*. Dimpotrivă, instanțele sunt legate *prin lege și prin drept*,* în adoptarea deciziilor lor nomotetice de principiu, de exemplu în „dezvoltarea judecătorească a dreptului” (*richterliche Rechtsfortbildung*), în privința unor aspecte nereglementate de lege; ele trebuie așadar să urmeze indicațiile și prescripțiile tuturor dispozițiilor legale în vigoare.

În realitate, ele înclină să definească, în mod mai mult sau mai puțin suveran, în privința cazului lor litigios concret, ce anume se află în norma juridică, formulată la modul general-abstract.

* Este o formulă celebră în dreptul constituțional german, existentă în textul art. 20, alin. III al Legii Fundamentale din 23 mai 1949: „Legislativul este legat de ordinea constituțională, iar puterea executivă și cea judecătorească sunt legate prin lege și prin drept” („Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden”) (n. tr.).

Ipoteza mea 3

Această poziție puternică pe planul politicii juridice a instanțelor ultime reprezintă o problemă perenă sub aspectul dreptului și al politicii constituționale în fiecare „stat al accesului în justiție” (Rechtswegstaat).

Puterea judecătorească este greu de controlat și de limitat, întrucât acest lucru poate avea loc doar printr-un legislativ cu rol corector, care ar întâmpina greutăți considerabile în desfășurarea acestei misiuni. În această măsură, este valabilă formula capricioasă, dar întrutotul corectă a unui alt membru al Curții Supreme a SUA:

„Firește, în deciziile noastre, suntem legați prin Constituție, însă ce anume spune Constituția, stabilim noi”.¹²

2. Experiențe deduse din schimbările de sistem

Unul din domeniile mele de cercetare, începând din 1964, l-a constituit transformarea ordinilor juridice după schimbarea sistemelor politice.¹³

¹² “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.” C. E. Hughes, *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes*, New York, 1908, p. 139.

¹³ Lucrări pe această temă: B. Rüthers, *Die Unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, prima ediție: 1968, ediția a 6-a, 2005; *Arbeitsrecht und politisches System*, ediția a 2-a, 1973; *Gesellschaftlicher Wandel – Anpassung oder Widerstand des Rechts?*, Königsstaen / Ts, 1981; *Rechtsordnung und Wertordnung – Zur Ethik und Ideologie im Recht*, Konstanz, 1986; *Entartetes Recht*, ediția a 2-a, Zürich, 1993; ediția a 3-a, dtv-wissenschaft, Frankfurt/M, 1994; *Die Wendeexperten – Zur Ideologiefälligkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen*, ediția

Experiențe deduse din schimbări succesive ale sistemelor politice. O contribuție...

Asemenea procese nu au avut loc doar în Germania. Multe țări au suportat o succesiune similară a schimbărilor de sistem și constituționale, de exemplu Italia, Spania, Portugalia, Ungaria, Cehia, Polonia, Grecia, România, Bulgaria, Franța, statele baltice etc.

Rezultatul analizei mele atestă că transformările decisive ale ordinilor juridice au fost produse în aceste schimbări de sistem prin *dreptul judecătoresc*. Aceasta permite, pentru început, o constatare foarte generală:

Ipoteza 4

Analizele funcționale, întreprinse pe planul teoriei dreptului, asupra situațiilor de excepție survenite cu ocazia schimbărilor de sistem oferă cheia înțelegerii modurilor de funcționare a dreptului, a instanțelor și a profesiilor juridice; aceste moduri sunt prezente și în situația normală, unde însă nu pot fi percepute cu aceeași claritate.

Merg mai departe cu un mic pas la:

Ipoteza 5

Instituirea unei noi ordini juridice internaționale și, în parte, supranaționale sub forma UE, precum și integrarea în aceasta produc, în toate statele membre și chiar în afara lor, o schimbare de sistem asemănătoare, nu întrutotul

a 2-a, complet revăzută și lărgită a lucrării *Ideologie und Recht in Systemwechsel*, München, 1995; *Zeitgeist und Recht*, Walter-Raymond-Stiftung, Kleine Reihe, Heft 62, Köln, 1997; *Geschönte Geschichten – Geschönte Biographien / Sozialisationskohorten in Wendeliteraturen. Ein Essay*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 2001.

egală (!) [celelalte menționate mai sus], dar care merită totuși o analiză comparativă. Dreptul comunitar european are efecte nemijlocite, constrângătoare și profunde asupra conținuturilor ordinilor juridice naționale.

Există motive pentru aceasta. Schimbări fundamentale ale constituțiilor și ale sistemelor politice au efecte nu doar la suprafață. Deosebit de relevantă este analiza transformărilor dreptului în sistemele totalitare. Pervortirea ordinilor juridice în ansamblul lor în statul național-socialist și în dictatura PSUG nu sunt recunoscute și cercetate pe deplin în Germania nici până astăzi. Apare în consecință pericolul de a ignora aspecte importante:

1. Odată instituite, sistemele ideologice au efecte care merg dincolo de perioada menținerii sistemului politic. În funcție de durata existenței acestora și de înrădăcinarea în inimile și mințile indivizilor, ele operează și asupra generațiilor care urmează.
2. În situația excepțională, fie ea de înnoire *populară* ori *socialistă* a dreptului, anumite corelații funcționale ale dreptului și ale metodelor de revalorizare a acestuia se manifestă cu mai mare claritate decât în situația normală. Acest lucru este valabil în special pentru cuplarea intensivă a *întregului* drept față de dogme și reprezentări axiologice extrajuridice schimbătoare (pe planul concepției despre lume / „ideologic”).

Tocmai în acest „secol al ideologiilor” (Karl Dietrich Bracher) se manifestă problema, pe cât de incitantă, pe atât de des ignorată, a întrepătrunderii și angrenării *metafizicii* cu *dreptul* precum și a *dreptului* cu *ideologia*.

Ipoteza 6

Valorile fundamentale instituite (ideologia sistemului, filosofia sistemului) marchează conținuturile centrale ale ordinii juridice aparținând acestuia; în situația normală, ea definește „ideea dreptului” (Rechtsidee) specifică sistemului precum și imaginea model a „dreptății” realizate de organele statului, în special de justiție. Dreptul constituie ideologie și politică fluidizate și solidificate normativ.

Ipoteza 7

Instrumentele lingvistice și de metodologie juridică pentru reinterpretația unei ordini legale existente, tradiționale („vechi”) în raport cu valorile fundamentale și obiectivele nou instituite sunt următoarele:¹⁴

- (1) proclamarea unei noi „idei a dreptului” (Rechtsidee);
- (2) construirea unor noi „surse ale dreptului” sau înlocuirea ori modificarea legilor „vechi”, „încă în vigoare”;
- (3) reinterpretarea conceptelor juridice nedeterminate, precum și a „clauzelor generale” (formule lingvistice goale, primind un conținut variabil, precum „bună credință” (Treu und Glauben), „bunele moravuri” sau „motiv întemeiat”);
- (4) răstălmăcirea conceptelor juridice fundamentale (de exemplu: „egalitate” și „discriminare”, „capacitate juridică”, „drept subiectiv”, contract, „comunitate”,

¹⁴ B. Rüthers, *Entartetes Recht*, ediția a 3-a, dtv-wissenschaft, München, 1994, pp. 22 și urm. (n. tr.: în versiunea română: *Dreptul degenerat. Teorii ale dreptului și juriști proeminenți în cel de-al Treilea Reich*, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, pp. 62 și urm.).

„demnitate umană”, căsătorie, familie, „drept al personalității”, „drepturi fundamentale”;

(5) construirea unor metode de interpretare noi sau concurente.

Ipoteza 8

În epoci de răsturnare a reprezentărilor axiologice și de schimbare a sistemului, instanțele judecătorești se manifestă deseori ca niște acrobați ai reinterpretrării. Pe baza experiențelor istorice abundente, se poate deduce că ele urmează de regulă „noile” reprezentări axiologice, instituite politic. Acest lucru este valabil și în privința Curții Europene de Justiție.

Riscurile și problemele dreptului judecătoresc cu efecte supranaționale nu sunt în general recunoscute și nici analizate îndestulător până în prezent. De aceea:

VII. Un exemplu al dreptului judecătoresc „proliferant” al Curții Europene de Justiție

De peste 25 de ani, și în Germania există un șomaj de masă de dimensiuni mereu crescânde. Rata șomajului în cazul șomerilor *înregistrați* era în 2005 de circa 11 %; aceasta înseamnă 5 milioane de persoane. Cifra reală a șomerilor este estimată a fi de peste 6 milioane. În special șomerii „pe termen lung”, mai vârstnici, au – conform datelor experienței practice – șanse foarte reduse de a obține un loc de muncă, întrucât rigiditatea dreptului german al protecției contra concedierii îl determină pe angajator să ezite să angajeze asemenea solicitanți. Din acest motiv, legiuitorul german a relaxat dispozițiile privind protecția contra concedierii unor persoane

aparținând acestei grupe.¹⁵ Conform dispozițiilor respective, contractele de muncă încheiate cu angajați în vârstă de peste 52 de ani pot fi încheiate – prin derogare față de limitările valabile în privința angajaților mai tineri – pe termen oricât de redus. Prin aceasta, legiuitorul intenționa să îmbunătățească șansele de angajare ale șomerilor vârstnici: mai bine contracte de muncă pe termen limitat decât șomaj de durată pentru angajații vârstnici.

Într-o decizie prejudicială (Decizia din 22 noiembrie 2005) Curtea Europeană de Justiție a declarat aceste dispoziții ca fiind contrare dreptului european și inaplicabile.¹⁶ Facilitarea limitării în timp ar discrimina în mod nemijlocit angajații mai vârstnici datorită vârstei lor, întrucât diferențierea stabilită exclusiv pe criteriul vârstei ar încălca principiul adecvării (*Angemessenheit*) și al necesității (*Erforderlichkeit*).

Această decizie este demnă de atenție sub trei aspecte.

1. În privința problemei concrete a protecției sociale a angajaților mai vârstnici, consecințele ei sunt *absurde sub aspect economic*. Angajatorii sunt în foarte mare măsură liberi în deciziile lor de a încheia noi contracte de muncă. Libertatea de principiu de a încheia contracte de muncă este necontestată până în prezent.

Prin urmare, pentru că limitarea duratei contractului îi este interzisă, angajatorul poate în mod discreționar să favorizeze la angajare solicitanții mai tineri, fără a trebui să facă publică această preferință sau să o argumenteze.

¹⁵ § 14, alin. 3 din Legea angajării pe durată limitată cu program redus (*Teilzeitbefristungsgesetz*).

¹⁶ EuGH, BB, 2005, pp. 2248 și urm.

Decizia Curții produce în practica relațiilor de muncă tocmai contrariul a ceea ce instanța a urmărit. Și în cazul Curții Europene de Justiție, nivelul de cunoaștere și înțelegere a relațiilor economice mai are încă, din abundență, potențial de creștere. Deja Karl Marx știa: legile economice sunt mai efective decât cele juridice.

2. Curtea Europeană de Justiție și-a argumentat decizia în primul rând pe Directiva 2000/78/CE a Consiliului, adoptată în 27 noiembrie 2000 („Directiva antidiscriminare”). Instanța națională urmează, în opinia Curții, să garanteze efectul deplin al interdicției generale de a discrimina pe criterii de vârstă, prin aceea că nu aplică nici o [eventuală] dispoziție contrară din dreptului național. Aceasta ar trebui să se producă chiar și atunci când termenul prevăzut pentru realizarea directivei nu a expirat încă.

După cum am precizat mai sus, directivele se adresează în primul rând legiuitorului național, impunându-i sarcina ca, într-un anumit termen, să transforme conținutul acestora în drept intern.

Aspectul deosebit al acestei decizii rezidă în aceea că instanța admite efectul nemijlocit („efectul terțiar” / *Drittwirkung*) al deciziei ca operând asupra părților în litigiul de muncă, deși termenul de realizare a directivei nu expirase încă și în ciuda faptului că dreptul național german tocmai a reglementat o altă modalitate de protecție a angajaților mai vârstnici.

Pentru a argumenta efectul nemijlocit, Curtea Europeană de Justiție a invocat „interdicția generală de discriminare pe criterii de vârstă”. Aceasta ar reprezenta un „principiu general al dreptului comunitar”, fiind ancorată și în constituțiile a numeroase state membre. Această argumentare permite

instanței europene să reinterpreteze directiva antidiscriminare, concepută ca o normă foarte specială și care este contestată în unele state membre în privința anumitor dispoziții concrete, într-o normă supranațională, cu efect nemijlocit, a dreptului comunitar. Din acest motiv, ea urmează să elimine reglementările naționale contrare, chiar și în absența transformării ei în drept național.

În esență este vorba de concretizarea principiului egalității.

Curtea Europeană de Justiție își asumă astfel competența de a defini, prin derogare de la reglementările naționale, inclusiv cele constituționale, ce este „egal” și ce nu; definiția respectivă urmând a avea efect supranațional. Prin această dimensiune, pretenția instanței are efecte care merg mult dincolo de cazul litigios concret menționat. Este vorba în esență de *interpretarea drepturilor fundamentale*, care în ordinile constituționale naționale au în mod tradițional un alt conținut decât cel pe care îl asumă Curtea Europeană de Justiție.

Deja Gustav Radbruch a constatat:

„Egalitatea nu este un dat (*Gegebenheit*); lucrurile și oamenii sunt atât de inegali pe cât este un ou față de altul. Egalitatea este întotdeauna o abstracție față de inegalitatea dată, operată dintr-un anumit punct de vedere.”¹⁷

Prin aceasta sunt evidențiate în mod adecvat elementele *axiologizante* (*wertende*), *subiective* și *volitive* proprii argumentului egalității. Egalitatea nu este o categorie a logicii, ci una valorizantă, teleologică.

¹⁷ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe), C.F. Müller, Heidelberg / Stuttgart, 1999, p. 37.

Instanța pretinde prin această hotărâre supremația decizională asupra conținutului garanțiilor constituționale ale drepturilor fundamentale.

3. Decizia mai are un alt aspect demn de semnalat. Ea este produsul unei puneri în scenă judiciare foarte abile.¹⁸ Părțile „în litigiu” s-au înțeleș între ele și au inițiat această procedură în mod deliberat, în fața Tribunalului pentru probleme de muncă (*Arbeitsgericht*) din München. Desfășurarea procesului a fost planificată anterior de către avocații părților. Avocatul pârât a angajat un coleg mai vârstnic, cu intenția ca acesta să devină reclamant într-o acțiune vizând înlăturarea termenului limitat pentru care fusese încheiat contractul de muncă. Ei au creat astfel în mod artificial un litigiu, dedus instanței, fără ca în realitate să existe vreun litigiu între cei doi, ci doar un interes comun al ambelor „părți”, vizând domeniul politicii juridice. Calea procedurală a jurisdicției de muncă a servit unor scopuri străine celor pentru care această jurisdicție a fost creată. Să nu fi recunoscut instanța acest fapt sau doar nu a dorit să-l observe?

Sub toate cele trei aspecte, cazul menționat evidențiază în mod ilustrativ funcțiile și riscurile unui drept judecătoresc practicat cu dezinvoltură în UE. Prin decizia din 7 aprilie 2006 (7 AZR, 500/04) Curtea Federală de Muncă (*Bundesarbeitsgericht*) a urmat soluția găsită la Luxemburg.¹⁹

¹⁸ Vezi W. Hunold, editorial în „Neue Juristische Wochenschrift”, Nr. 34 / 2005, precum și comentariul lui D. Strybny, BB, 2005, p. 2753.

¹⁹ În literatură există numeroase voci critice, însă și manifestări aprobatoare, a căror lipsă de spirit critic este remarcabilă; ele ignoră atât problemele procedurale de competență ale deciziei, cât și consecințele economice absurde ale acesteia pentru angajații vârstnici și pentru piața muncii. Vezi referiri în acest sens la W. Hunold, *Mißbrauch des EuGH*, editorial în „Neue Juristische Wochenschrift”,

Curtea Europeană de Justiție devine prin această decizie o *superinstanță de recurs* (*Superrevisionsinstanz*) în litigiile privind discriminarea, în raport cu toate statele membre și cu instanțele lor supreme. Principiul subsidiarității, prevăzut în art. 5, alin. 2 și 3 din Tratatul constitutiv al Comunității Europene, este încălcat. Conform acestui principiu, organele Comunității Europene pot interveni în domeniile care nu cad în competența lor exclusivă doar în cazul în care obiectivele măsurilor respective nu pot fi realizate în mod îndestulător la nivelul statelor membre. Nu se poate vorbi serios de așa ceva în privința cazurilor de genul celui menționat mai sus.

Prin această decizie, Curtea Europeană de Justiție ridică pretenția și impune în practică – într-o manieră străină spiritului Tratatului Constitutiv al Comunității Europene – o prioritate nomotetică (*Normsetzuvorrang*) generală și suprastatală față de toate statele membre în domeniul discriminării. Consecințele acestei decizii merg mult dincolo de circumstanțele litigiului (sau mai bine zis „non-litigiului”) soluționat.

Heft. 34 / 2005; Strybny, BB 2006, pp. 2753 și urm., W. Köpke, în „Neue Juristische Wochenschrift”, 2006, pp. 1040 și urm.; U. Preis, în „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht”, Nr. 8 / 2006, pp. 401-406; în plus, vezi editorialul lui Meinel, în BB, Nr. 12 / 2006, pp. 1 și urm.