

СТРУЧНО СПИСАНИЕ


БРОЈ 347
Март 2021

ISSN 1409-5238



ПРАВНИК

ГОДИНА XXXX
www.mla.org.mk



**ДИСКРИМИНАТОРСКИОТ ЕФЕКТ НА
ОДРЕДБИТЕ ОД НАЦИОНАЛНОТО
ПРАВО НА ДРЖАВИТЕ ЧЛЕНКИ ВО
КОНТЕКСТ НА СЛОБОДНОТО
ДВИЖЕЊЕ НА ЛИЦА ВО
ЕВРОПСКАТА УНИЈА**

Дискриминаторскиот ефект на одредбите од националното право на државите членки во контекст на слободното движење на лица во Европската Унија

1. Начелото на недискриминација како основна претпоставка за слободното движење во ЕУ

Проблематиката на дискриминација наоѓа свое присуство и во рамките на Европската Унија како наднационална заедница, силно втемелена во начелото на недискриминација односно забрана за дискриминација. Начелото на недискриминација во литературата може да се сретне и како „начело на еднаквост“ или „начело на еднаков третман“. Овој труд дава пресек на различните видови дискриминација што се среќаваат во контекст на слободното движење на лица во Унијата, имајќи ја во својот фокус дискриминацијата со која се соочуваат ЕУ државјаните-мигранти, кои живеат и работат во држава-членка, различна од својата матична држава. Според нејзината стандардна дефиниција, дискриминација постои тогаш кога два или повеќе субјекти или групи субјекти, кои се на релевантен начин слични или споредливи, се третираат различно; или, пак, кога субјекти или групи субјекти што не се споредливи се третираат на ист начин.¹ Според вообичаената формула, која Судот на правдата на ЕУ (понатаму во текстот: СПЕУ; Судот на правдата) ја користи за дефинирање на овој поим, „принципот на недискриминација бара споредливите ситуации да не се третираат различно, додека различните ситуации не смеат да се третираат на ист начин“.²

Слободата на движење, сфатена во најширока смисла е суштинско обележје на внатрешниот (единствен) пазар на Унијата, и оттаму, дискриминацијата врз основа на националност мора да биде отстранета за да се гарантира слободната циркулација на лица, стоки, услуги и капитал на територијата на ЕУ. Ваквото барање е вградено и претставува еден од фундаментите на самиот процес на Европската интеграција. Во таа смисла, правно гарантираната забрана за дискриминација врз основа на националност е основниот инструмент кој ЕУ државјанинот – мигрант, кој живее и работи во друга држава-членка, го има на располагање за да може активно да учествува во општествениот живот на државата – домаќин и да биде дел од нејзиниот пазар на труд, под еднакви услови како и домашните државјани.³

Најизразена манифестација на принципот на недискриминација во Договорите на Унијата се среќава во членови 18 од Договорот за функционирање на ЕУ (ДФЕУ), според кој „во рамките на примената на овој Договор и без тоа да е во спротивност со посебните одредби, содржани во него, забранета е секоја дискриминација врз основа на националност“. Овој член претставува одредба од хоризонтален карактер и се однесува на сите области на примена на Договорите на Унијата. Кога станува збор за

¹ S. Peers, 'Dazed and Confused: Family Members' Residence Rights and the Court of Justice', *European Law Review* (2001) 26, стр.76.

² C-148/02 *Garcia Avello v Belgian State* [2003] ECR I-11613.

³ D. Chalmers, G. Davies and G. Monti, *European Union Law: Cases and Materials*, 2nd edition (Cambridge University Press, 2010), стр.452.

Summary

THE DISCRIMINATORY EFFECT OF THE MEMBER STATES NATIONAL LAW PROVISIONS IN THE CONTEXT OF THE FREE MOVEMENT OF PERSONS IN THE EUROPEAN UNION

Associate prof. Iлина Cenevska, PhD
Faculty of Law "Iustinianus Primus" - Skopje

Freedom of movement is an essential feature of the European Union's internal (single) market. In the most general sense, it requires that all forms of discrimination on the basis of nationality be removed in order to guarantee the free movement of persons, goods, services and capital throughout the EU. By reviewing the relevant case law of the EU Court of Justice, this paper will address the basic principles that guarantee the freedom of movement of workers - including students and jobseekers - within the Union. The aim of this paper is to provide an overview of the different types of discrimination (unequal treatment) encountered in the context of free movement of persons within the Union, with a special focus on the discrimination faced by EU migrant citizens living and working in a Member State different from their home country, as well as the possibility that national discriminatory measures in certain cases can be justified and considered permissible.

слободата на движење на сите ЕУ државјани (не само оние што се економски активни), членови 21(1) ДФЕУ гарантира дека „секој граѓанин на Унијата има право да се движи и слободно да престојува на територијата на државите членки, во рамките на ограничувањата и условите, утврдени во Договорите и мерките што се донесени за да им се даде ефект“.⁴ Конкретно, во однос на слободата на движење на работниците, со членови 45 ДФЕУ се

⁴ Членот 24(1) од Директивата за граѓанство (Citizenship Directive) ја допрецизира општата забрана за дискриминација, заснована на национална припадност, утврдена во членот 18 ДФЕУ: „Сите граѓани на Унијата, кои врз основа на оваа директива престојуваат на територија на држава-членка домаќин, уживаат еднаков третман со државјаните на таа држава-членка, во рамки на опсегот на примена на Договорот“. (Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States OJ L 158 30.4.2004, p. 77).



Најизразена манифестација на принципот на недискриминација во Договорите на Унијата се среќава во членот 18 од Договорот за функционирање на ЕУ (ДФЕУ).

утврдува дека оваа слобода подразбира укинување на секаква дискриминација врз основа на националноста на работниците од државите членки, во однос на вработувањето, надоместоците и другите услови за работа и вработување. Така, слободата на движење на работниците ги опфаќа: (а) правото да се прифаќаат дадени понуди за вработување; (б) правото на слободно движење во рамките на територијата на државите членки, за таа цел; (в) правото да се престојува во држава-членка заради вработување, во согласност со одредбите со кои се уредува вработувањето на државјаните на таа држава, утврдено со закон, пропис или административен акт; и (г) правото да се остане на територијата на држава-членка по вработување во таа држава, во согласност со условите, предвидени со актите на Унијата. Претходните одредби не се применуваат на вработувањата во јавната служба. Дополнително, членот 45 ДФЕУ ја предвидува можноста државите членки да бидат изземени од погорните обврски поради ограничувања што се однесуваат на јавната политика, јавната безбедност и јавното здравје.

Релевантните одредби од примарното и секундарното право на ЕУ ја покриваат како директната, така и индиректната дискриминација, но ги опфаќаат и т.н. „пречки за пристап до пазарот“ – ограничувања што не воспоставуваат разлика во третманот на субјектите, но сепак може да имаат ист или сличен ефект како правилата од дискриминаторски карактер. Директната (ошворена) дискриминација, сфатена во смисла на слободата на движење на лица, се среќава во случаите каде што одредена национална мерка е директно наменета и има цел на различен начин да ги погоди државјаните на другите држави-членки одошто домашните државјани, на тој начин воспоставувајќи нееднаков третман помеѓу нив и домашните државјани. Директната дискриминација е дефинирана во Директивите против дискриминација (Equal Treatment Directive⁵ и Race Directive⁶), на сличен начин:

⁵ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), OJ L 204, 26.7.2006, p. 23–36.

⁶ Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment

„за директна дискриминација се смета кога едно лице се третира помалку поволно од тоа како е, би било или ќе биде третирано друго лице, во споредлива ситуација, врз основа на неговата етничка припадност, религиска припадност, возраст, и сл“.

Индиректната (прикриена) дискриминација е поделикатна за препознавање. Според Директивите против дискриминација (Equal Treatment Directive и Race Directive) индиректната дискриминација се јавува кога наводно неутрални одредби, услови или практики ставаат одредени лица во понеповолна положба во споредба со други лица, при што тие одредби, услови или практики може да се оправдаат доколку се донесени заради легитимна цел за чие постигнување се користат средства што се соодветни и нужни.⁷ Всушност, кај индиректната дискриминација се работи за национални мерки што на прв поглед навидум поставуваат исти услови за домашните и странските државјани, но во практика понеповолно се одразуваат или повеќе им штетат на првите отколку на вторите. Тие мерки се „суштински податливи“ повеќе да ги погодат мигрантските работници отколку домашните.⁸

Од друга страна, наметнувањето на пречки во пристапот до пазарот на труд за ЕУ државјаните мигранти ги опфаќа националните ограничувања од недискриминаторска природа за кои се смета дека го прекршуваат ДФЕУ доколку претставуваат прекумерна и несразмерна пречка за остварување на слободата на движење. Овие мерки во практика имаат инхибиторен ефект односно резултираат со оневозможување или отежнување на пристапот до пазарот на труд за ЕУ државјаните мигранти, што не е случај со домашните државјани. Поради комплексната природа на овие видови дискриминација, понекогаш е тешко да се направи правилна дистинкција помеѓу случаите на индиректна дискриминација и оние каде што е доведен во прашање пристапот до пазарот на вработување.

Целта на овој труд е, задржувајќи се на претходите три ви-

between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19.7.2000, p. 22–26.

⁷ Equal Treatment Directive, член 2(1)(6); Race Directive, член 2(2)(6).

⁸ C-237/94 O'Flynn v Adjudication Officer [1996] ECR I-2617.

дови дискриминација, да прикаже како начелото на недискриминација е прсликано на полето на слободното движење на лица во ЕУ, како и да се осврне на можноста во одредени случаи нееднаквиот третман да се оправда и да се смета за дозволен. Фокусот на анализата ќе биде ставен на националните мерки од дискриминаторска или инхибиторна природа, кои ЕУ државјаните мигранти ги ставаат во понеповолна положба отколку домашните државјани, дел од кои, доколку ги задоволуваат критериумите за објективност, легитимност и пропорционалност, сепак можат да „опстанат“ и да продолжат да се сметаат за валидни. Со разгледување на релевантната практика на Судот на правдата на ЕУ, ќе се нотираат основните принципи и начела преку кои се гарантира слободата на движење на работници (и поопшто, лица) како еден од четирите столбови на внатрешниот пазар на Унијата (заедно со слободата на движење на стоки, услуги и капитал).

2. Дискриминација во однос на вршење занимање или преземање економска активност (директна и индиректна)

Мерките на државите членки, кои наметнуваат ограничувања во однос на вршењето економска активност се одразуваат на ЕУ државјаниот мигрант кога тој се јавува на пазарот на труд во државата членка – домаќин, барајќи или вршејќи работа за работодавач или преку самовработување. Штом ќе стане ова лице дел од пазарот на труд на државата – домаќин, особено е важно тоа да не претрпи никаков вид дискриминација во однос на домашните државјани. Националните (домашните) правила околу условите за вршење одредена професија и вработување директно влијаат врз работниот однос и може да го направат вработувањето во државата членка – домаќин помалку или повеќе привлечно за државјаните на други држави-членки. Мерките со кои се воведуваат овој тип ограничувања може да бидат од директно или од индиректно дискриминаторска природа.

Кај отворено дискриминаторските одредби, државите членки, на пример, резервираат определени занимања само за своите државјани. Поради очигледната дискриминаторска намера, Судот на правдата на ЕУ овие мерки ги смета за повреда на принципот на недискриминација. Така, во постапка, поведена од Европската комисија против Франција, поради пропустот да се укинат одредби од францускиот поморски законик со кои се бараше определен дел од бродскиот екипаж да биде од француска националност, Судот на правдата на ЕЗ (во тоа време) пресуди дека членот 45 (тогаш, член 48 ДЕЗ) е директно применлив во правниот систем на секоја држава-членка и ја исклучува примената на националното законодавство, кое е спротивно на него.⁹ Понатаму, една држава може да се смета дека не го почитува членот 45 кога дискриминацијата во прашање ја практикува јавно тело, вклучително и јавните универзитети. Италија се сметаше за одговорна за дискриминаторските практики на одредени јавни универзитети, кои не ги признаваа стекнатите права на поранешни универзитетски асистенти, говорители на јазик, различен од италијанскиот.¹⁰ Општо гледано, случаите што вклучуваат директна дискриминација, заснована на национална припадност денес се многу поретки, но тие сепак сè уште се јавуваат.

За разлика од директната, кај прикриената дискриминација важечките национални услови на прв поглед се формално неутрални, но можат да влијаат негативно и на непропорционален начин да се одразат на ЕУ државјаните мигранти. Овие услови, во суштина, негативно се одразуваат само или првенствено на оваа категорија лица или, пак, тоа се услови што може релативно полесно да бидат задоволени од домашните државјани. Во такви околности, мерката како форма на индиректна дискриминација ќе се смета за нелегална, освен доколку не биде оправдана со одредена легитимна цел и не биде пропорционална на таа цел.¹¹



Мерките на државите членки, кои наметнуваат ограничувања во однос на вршењето економска активност се одразуваат на ЕУ државјаниот мигрант кога тој се јавува на пазарот на труд во државата членка – домаќин, барајќи или вршејќи работа за работодавач или преку самовработување.

Доколку индиректната дискриминација се разгледува од аспект на дискриминацијата на работниците во однос на *илајаша и друѓише услови за работа*, претходното е изрично забрането со член 45(2) ДФЕУ. Оваа забрана е подетално уредена со *Регулативата 492/2011 за слободно движење на работниците во ЕУ*,¹² каде што во член 1 е предвидено дека државјанин на држава-членка, без разлика на неговото место на живеење, има право да работи на територијата на друга држава-членка, во согласност со правилата, утврдени со закон, регулатива или административни дејствија, кои се однесуваат на условите за вработување на државјаните на таа држава. Тој има право, меѓу другото, на пристап до вработување на територијата на државата членка – домаќин со истиот приоритет како и нејзините државјани.

Добар пример за дискриминација во условите за работа е случајот *Коблер* каде што австриски закон предвидуваше поголема плата за универзитетските професори што навршиле петнаесет години служба во австрискиот универзитетски систем.¹³ Ова не важеше за универзитетските професори, кои дел од работниот стаж го оствариле на универзитети надвор од Австрија. На *Коблер* му беше одбиено зголемувањето на платата со образложение дека тој поминал дел од работниот стаж предавајќи на германски универзитети, а односната мерка била воведена за да

⁹ C-167/73 *Commission v French Republic* [1974] ECR 359;

¹⁰ C-212/99 *Commission v Italy* [2001] ECR I-4923.

¹¹ C-237/94 *O'Flynn*.

¹² Regulation (EU) No 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on freedom of movement for workers within the Union, OJ L 141, 27.5.2011, p. 1–12.

¹³ C-224/01 *Köbler v Austria* [2003] ECR I-10239.



се награди лојалноста кон австрискиот универзитетски систем – оттаму, во пресметката не беше земен предвид периодот што го поминал тој во странство. Судот утврди дека мерката е нелегална, бидејќи дискриминира на два начина. Прво, ги казнува оние што не се Австријци и што, веројатно, поминале извесно време работејќи на универзитети во други држави-членки; второ, таа ги дискриминира Австријците, кои ги оствариле своите права, предвидени со член 45 ДФЕУ и поминале одредено време работејќи во странство.¹⁴ Во случајот *Делеј*, како дискриминаторски се сметаше пропустот да се земе предвид долгогодишното искуство на работна позиција во домашната држава што, обично, ја вршат странски државјани (имено, се работеше за јазични асистенти на италијанските универзитети).¹⁵ Доколку овие лица добијат постојан ангажман, годините поминати како јазични асистенти нема да им се засметаат кон стажот, додека, истовремено, според правилата на италијанскиот универзитет, доколку станува збор за работно искуство на други, споредливи работни позиции, таквото искуство би се важело и би било вклучено во пресметката на стажот.

Една форма на индиректна дискриминација, која често се среќава во рамките на слободното движење на стоки и услуги, но која е применлива и во контекст на слободното движење на работници, е наметнувањето на услов што подразбира „двоен товар“ што се среќава во случаите каде што претходно стекнати квалификации, сертификати или дипломи во матичната држава не се признаваат во државата домаќин.¹⁶ Во *Анџонезе*, банка во германофонскиот дел на Италија како услов за вработување побаруваше поседување локален сертификат за двојазичност, одбивајќи да прифати други докази за степенот на познавање на

германскиот јазик.¹⁷ Судот јасно укажа на дискриминаторскиот ефект на овој услов, и покрај тоа што во случајот не стануваше збор за мерка на јавните власти, туку внатрешно правило на приватна компанија. Со ова Судот потврди дека членот 45 е применлив како за државните, така и за приватните работодавци.

Понатаму, друга форма на индиректна дискриминација е наметнувањето *јазичен критериум* односно барањето за познавање јазик како услов за пристап до одредени работни места, имајќи ја предвид веројатноста дека доста поголем процент на странски отколку домашни државјани би биле погодени со тој услов. Имајќи предвид дека, по исклучок, таквото барање може да биде легитимно, член 3 (1) од поранешната *Регулатива 1612/68 за слободно движење на работници во ЕЗ* дозволуваше предвидување на „услови што се однесуваат на познавање јазик (...) поради природата на работното место“. Судот ја разгледа примената на овој исклучок во *Гронер*, каде што холандска државјанка, која работеше во Ирска како наставник по уметност со скратено работно време, беше одбиена за позицијата наставник со полно работно време бидејќи не го положила усниот испит по ирски јазик.¹⁸ Судот одлучи дека иако наставата, веројатно, би се одржувала исклучиво на англиски јазик, условот за познавање на ирскиот јазик, сè додека тој не се применува на несразмерен (непропорционален) начин, влегува во опсегот на член 3(1) од Регулацијата 1612/68, имајќи ја во обсервацијата на ирската влада за промовирање на употребата на ирскиот јазик како начин на изразување на националниот идентитет и култура. Судот наведе дека секој услов, кој се однесува на познавањето на јазик, е валиден доколку е неопходен за спроведување национална политика за заштита и промовирање на употребата на јазик што е прв официјален јазик во таа држава. Судот го сметаше образованието како клучно за спроведување на таквата национална политика. Имено, образованието не подразбираше само настава, туку и учество во секојдневниот живот на училиштето и негување на односите со учениците. Во такви околности, Судот сметаше дека иако наставата не мора да се изведува на ирски, јазикот може да биде клучен за другите аспекти на училишниот живот. Сепак, ограничувањето што го создава националниот услов не смее да биде непропорционално со целта што се остварува, ниту непотребно дискриминаторско кон државјаните на други држави-членки.

И покрај тоа што постојната *Регулатива 492/2011 за слободно движење на работници во ЕУ* ги прогласува за невалидни сите национални закони и практики, чијашто главна цел или ефект е да се ограничи пристапот до вработување за странските работници, кои се ЕУ државјани, сепак, во одредени случаи каде што јазичните познавања се потребни поради видот и карактеристиките на работното место, условите за вработување што се однесуваат на познавањето јазик ќе се сметаат за дозволени. Иако претходните може да влијаат негативно врз работниците или барателите на работа од други држави-членки, тие нема да се сметаат за дискриминација, која е забранета.

3. Пречки за пристап до пазарот на вработување во државата членка – домаќин

Во практика, огромно мнозинство од ограничувањата (пречките) што ги наметнуваат државите членки во однос на вршење економска активност, не се директно ниту експлицитно насочени кон странските државјани. Во таквите случаи, иако не станува збор за (директно или индиректно) дискриминаторски мерки, овие мерки, сепак, посуптилно, но на подеднакво ефективен начин создаваат пречка за пристап до пазарот на вработување за ЕУ државјаните мигранти. Оттаму, членот 45 ДФЕУ со подеднакво сила и ефект се применува и врз оние национални мерки, кои ја ограничуваат слободата на движење на работниците во ЕУ, а кои самите по себе не се ниту директно, ниту индиректно дискриминаторски. Генерално, Судот на правдата на ЕУ стои на ставот дека дури и ограничувањата од недискриминаторска при-

¹⁴ Слични случаи каде Судот сметаше дека се работи за дискриминација на работниците бидејќи националните институции не го земале во обсервација работното искуство, стекнато во странство, наградувајќи го само домашното работно искуство: C-429/92 *Ingetraut Scholz v Opera Universitaria di Cagliari and Cinzia Porcedda* [1994] ECR I-505; C-371/04 *Commission v Italy* [2006] ECR I-10257.

¹⁵ C-276/07 *Nancy Delay v Università degli studi di Firenze, Istituto nazionale della previdenza sociale* [2008] I-3635.

¹⁶ На пример, во C-171/02 *Commission v Portugal* [2004] ECR I-5645.

¹⁷ C-281/98 *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* [2000] I-04139.

¹⁸ C-379/87 *Groener v Minister for Education* [1989] ECR 3967.

рода го прекршуваат ДФЕУ доколку претставуваат прекумерна и несразмерна пречка за слободата на движење. Понекогаш, во реалноста е тешко да се направи разлика помеѓу случаите на индиректна дискриминација и оние каде што е доведен во прашање пристапот до пазарот на вработување на ЕУ државјаните мигранти.

Случајот *Босман*, во кој Судот го дефинираше својот пристап кон овој тип ситуации, се однесуваше на системот за трансфер на фудбалери што го применуваа националните и транснационалните фудбалски асоцијации, а се покажа дека е спротивен на (сегашниот) член 45 ДФЕУ.¹⁹ Имено, г. Босман го оспори овој систем за трансфер со кој на клубовите им се дозволуваше да го ограничат слободното движење (преземањето нови работни ангажмани) на фудбалерите, по истекување или прекинување на договорот со клубот, бидејќи тие ја задржуваа истата картичка за регистрација. Како резултат на овие правила за трансфер, фудбалерот Босман, ангажиран во белгиски клуб, ефективно бил спречен да обезбеди работа во француски клуб. Иако системот за трансфер се однесуваше подеднакво на сите играчи, без разлика на нивната националност, кои преминуваат од еден клуб во друг, во рамките на една држава-членка или помеѓу повеќе држави-членки, тој не беше во согласност со членот 45. Судот напомена дека правилата за трансфер директно влијаат на *џрџајош* на играчите до пазарот на вработување во други држави-членки, и на тој начин може да ја попречат слободата на движење на работниците.

Следствено, фактот дека не постои дискриминација е небитен: постоењето пречка за пристап на работниците од една држава-членка за вработување во друга држава-членка е доволна основа за примена на членот 45 ДФЕУ. Принципот што произлегува од *Босман* е дека недискриминаторските правила што го попречуваат пристапот на работниците до пазарот на вработување во друга држава-членка, без оглед на тоа дали се наметнати тие од матичната држава или државата домаќин, се опфатени со забраната за дискриминација од член 45. Дополнително, во *Терхоџе*, Судот сметаше дека национален закон за исплата на социјални придонеси, кој би можел да попречи или одврати државјанин на држава-членка да ја напушти својата матична држава за да ги оствари своите права на слободно движење, претставува пречка за остварување на таа слобода, без оглед на тоа што се применува на сите работници подеднакво, независно од нивната националност.²⁰

Од друга страна, Судот ги исцрта границите на слободата на движење на работниците и гарантирањето на непречен пристап до пазарот на труд на државите-членки, во случајот *Граф*. Г. Граф тврдеше дека законските правила што предвидуваат работникот што го напушта доброволно работното место за да се вработи на друго место, да биде изземен од правото на надоместок за престанок на работниот однос, го прекршуваат (сегашниот) член 45.²¹ Австрискиот закон им дозволуваше на вработените исплата на два месеца надоместок за загуба на работното место, доколку тие работеле за нивниот работодавец најмалку три години. Но овој надоместок не им следуваа на вработените што дале отказ. Г. Граф тврдеше дека фактот што тој нема право на овој надоместок делувал дестимулирачки за негово префрлање на ново работно место во Германија. Судот не се согласи со ова, истакнувајќи дека мерките што влијаат врз преземањето на економски активности во друга држава-членка, не влегуваат во опсегот на член 45, доколку нивните рестриктивни ефекти

¹⁹ C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others, and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman* [1995] I-04921.

²⁰ C-18/95 *Terhoeve v Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen Buitenland* [1999] ECR I-345.

²¹ C-190/98 *Graf v Filzmoser Maschinenbau GmbH* [2000] ECR I-493.

се премногу индиректни или неизвесни. Кај овој тип ситуации, недискриминаторските национални правила ќе се смета дека претставуваат реална пречка за пристап до пазарот на вработување единствено доколку се утврди дека тие имаат вистински (видливи) ефект во однос на таквиот пристап. Во *Граф*, правото на надоместок не зависеше од изборот на работникот дали тој ќе остане со неговиот работодавец, туку тоа зависеше од иден, хипотетички и неизвесен настан – раскинување на договорот за работа на иницијатива на работодавецот. Оваа околност се сметаше за премногу неизвесна и посредна за се заклучи дека националните правила се спротивни на членот 45. Слично на ова, во *Вајџел*, Судот сметаше дека негативните даночни последици, кои би ги претрпело лице што се сели за работа од една во друга држава-членка, не се нужно спротивни со членот 45, дури и кога би можеле да го одвратат работникот од остварување на правата на слободно движење.²² Односните национални правила нема да влезат во опсегот на примена на овој член сè додека не се утврди дека засегнатото лице не е во помалку повољна положба од преостанатите, кои живеат во државата членка домаќин и подлежат на истиот данок.

Пресудата во *Граф* е спротивна на онаа во случајот *Кранеман*, каде што беа оспорувани правилата околу патните трошоци за стажантите за државни службеници во германската сојузна држава *Nordrhein-Westfalen*.²³ Право на надомест на овие патни трошоци имаа оние чијашто обука беше спроведена во Германија, но не и оние што биле на обука во други држави. Оттаму, се постави прашањето дали оваа мерка би ги одвратила стажантите од следење обука во странство. Судот сметаше дека ова претставува повреда на (сегашниот) член 45, од причината што овие правила би можеле да ги одвратат учесниците што имаат ограничени финансиски можности од следење обука во странство. Горенаведеното, главно, укажува на два основни типа ситуации што вклучуваат постоење пречка за пристап до пазарот на вработување. Првите се однесуваат на мерки што спречуваат пристап до пазарот и што, без оглед на

нивната цел, имаат несразмерно рестриктивни ефекти; додека вторите се однесуваат на мерки што самишме немаат ефект на спречување пристап до пазарот на вработување, но го одвраќаат поединецот од преземање активности во друга држава-членка (поради постоење дополнителни административни услови, трошоци, и сл.).

4. Дискриминација во однос на пристапот до парична помош и социјални повољности

Државите на најразлични начини им обезбедуваат финансиска помош на своите граѓани, при што разбирливо е пристапот до овој вид поддршка да биде ограничен. Тие применуваат различни видови мерки за да го спречат неконтролираното трошење на нивните социјални буџети, осигурувајќи се социјалните бенефиции и додатоци, освен на сопствените државјани, да им бидат достапни и на оние ЕУ државјани-мигранти со одреден степен на интегрираност во нивните општества. Споменатите мерки што имаат цел да ги рационализираат буџетските трошења за социјална намена, во дадени ситуации може да имаат ефект на дискриминација врз национална основа. Имајќи предвид дека индиректната дискриминација е забранета со член 45 ДФЕУ, условот за примање социјална помош или бенефиција, кој би го задоволил полесно домашен државјанин од ЕУ државјанинот мигрант, во принцип би се сметал за спротивен на Договорот. Исто така, индиректна дискриминација постои и тогаш кога паричните повољности и надоместоци, покрај националноста, за-

²² C-387/01 *Weigel v Finanzlandesdirektion für Vorarlberg* [2004] ECR I-4981.

²³ C-109/04 *Kranemann v Land Nordrhein-Westfalen* [2005] I-02421.

висат и од местото на живеење, местото на потекло или местото на образование, доколку релевантните услови може да бидат полесно задоволени од домашните отколку од ЕУ државјаните мигранти.

Во случајот *О'Флин*, каде што во прашање беше паричен надомест, поврзан со остварениот работен однос, Судот на правдата на ЕУ истакна дека за да се утврди индиректна дискриминација не е неопходно да се докаже дека националната мерка во *ираќиска* погодува поголем процент на странски отколку домашни работници – доволно е да се утврди дека мерката е „суштински *погодлива*“ повеќе да ги погоди мигрантските отколку домашните работници.²⁴ Во *Улиола*, италијански работник во Германија оспори национален закон според кој во пресметката за времетраење на работниот однос се земаше предвид дали работниците воениот рок го отслужиле во Бундесверот (германската војска), при што самата националност на работникот не беше битна.²⁵ Судот заклучи дека германскиот закон создал неоправдано ограничување односно индиректна дискриминација, бидејќи условот за воениот рок да биде отслужен во Бундесверот бил полесно задоволен од страна на далеку поголем број домашни државјани отколку државјани на други држави-членки. Понатаму, во случајот *Сојџиу*, Германската поштенска служба го зголеми додатокот за работниците што се вработени далеку од своето место на живеење во Германија, но не го предвиде истото зголемување за работниците (без оглед на нивната националност), чие живеалиште во моментот на првичното вработување било во странство – нешто што Судот го сметаше за спротивно на Договорот.²⁶

Граѓаните на ЕУ уживаат право на еднаков третман со домашните државјани на државите членки и во однос на пристапот до социјалните бенефиции. Така, во *Марџинез Сала*, на шпанска државјанка, која живееше во Германија не ѝ беше одобрен детски додаток бидејќи таа не можела да го обезбеди потребниот документ за докажување законски престој во државата.²⁷ Г-ѓа Сала поседувала документ што потврдува дека се пријавила да го добие споменатиот документ за докажување престој, кој поради неажурност сè уште не ѝ бил издаден од страна на административните органи. Судот сметаше дека германските власти немале право да го побараат овој документ за престој од г-ѓа Сала, бидејќи тие таков ист документ не побаруваат од германските државјани. Во *Тројани*, како и во *Сала*, Судот потенцираше дека еднаквиот пристап до социјални надоместоци треба да е условен со легален престој во државата, кој, пак, би можел да се утврди со помош на одредбите од правото на Унијата или националното законодавство.²⁸ Претходното беше во врска со надоместоци што беа (легитимно), резервирани за лицата што имаат статус на резиденти (жители) на државата членка. Кога бенефициите

(легитимно) им следуваат само на резидентите, ЕУ државјанинот мигрант кој *нелегално* престојува во таа држава, во принцип, нив нема да има право да ги побарува.

Во врска со *начиној* на утврдување на задоволеноста на формалните услови за престој во државата членка домаќин и средствата за докажување на граѓанскиот статус или економската состојба на ЕУ државјаните мигранти, Судот на неколку наврати го реафирмираше својот прагматичен и неформалистички пристап.²⁹ Така, документите за престој, кои ги издаваат органите при регистрацијата кај надлежните власти, се исклучиво од доказна природа и не се од конститутивен карактер во однос на правата што ги ужива граѓанинот. Во случајот *Улан*, француски државјанин немал лична карта ниту важечки пасош, поради што холандските власти сметаа дека тој незаконски престојува во Холандија.³⁰ Спротивно на ова, Судот сметаше дека лицето како државјанин на ЕУ има права што му се гарантирани со Договорот и дека споменатите документи (вклучувајќи ја и дозволата за престој) претставуваат доказ,

но не и *неојхоген* доказ. Судот потсети дека издавањето дозвола за престој не може да се смета за мерка со која се утврдуваат права, туку дека тоа е мерка што им служи на органите на државата членка да ги утврдат личните околности на државјаните на други држави-членки. Судот напоми дека поседувањето важечки пасош или лична карта не е услов за легален престој во една држава, од причина што националната припадност може да се докаже и на други начини; доколку засегнатото лице може да обезбеди недвосмислен доказ за неговата националност на друг начин освен преку валидна лична карта или пасош, државата членка – домаќин не може да одбие да го признае неговото право на престој, единствено поради тоа што тој не презентирал ниту еден од овие два документа.

Друг вид ограничувања со кои ЕУ државјаните мигранти се соочуваат се оние што се применуваат поеднакво на државјаните и на странците, но кои пристапот до социјални бенефиции го резервираат за лица што престојуваат законски и се на одреден начин „*интегрирани*“ или „*поврзани*“ со државата домаќин. Најчесто ова ограничување доаѓа во форма на „услов за престој“ според кој надоместокот или помошта ќе ја добие лице што определен период било жител на државата домаќин. Освен ова, има и посложени услови што бараат лицето да покаже вистинска поврзаност со пазарот на вработување во одреден регион или област, со цел во тие региони да се спречи населување од причини што не се поврзани со имање вистинска желба или намера за вработување. Во таа смисла, иако условите шт бараат определен степен на интегрираност во општеството поеднакво се однесуваат на странските и на домашните државјани, тие во секој случај директно повеќе ги погодуваат првите, предизвикувајќи индиректно дискриминаторски ефект – секако, освен доколку не бидат соодветно оправдани. Судот на правдата на ЕУ најчесто ги дозволува овие ограничувања, признавајќи дека фи-

²⁴ C-237/94 O'Flynn v Adjudication Officer [1996] ECR I-2617.

²⁵ C-15/69 Württembergische Milchverwertung-Südmilch-AG v Salvatore Ugliola [1970] ECR 363.

²⁶ C-152/73 Sotgiu v Deutsche Bundespost [1974] ECR 153.

²⁷ C-85/96 Martínez Sala v Freistaat Bayern [1998] ECR I-2691.

²⁸ C-456/02 Trojani v Centre public d'aide sociale de Bruxelles [2004] ECR I-7573.

²⁹ Денес кодификуван со релевантните одредби од Директивата за граѓанство.

³⁰ C-215/03 Oulane v Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie [2005] I-01215.



наниската и социјалната реалност во државите членки налага одредени социјални бенефиции да бидат достапни само за оние со одреден степен на интегрираност во даденото општество.³¹ Од друга страна, Судот е строг при испитување на пропорционалноста на ваквите ограничувачки мерки, како и при процената за тоа дали ограничувањето е потребно и соодветно за доделување на надоместокот или помошта.

4.1. Барателите на работа и студентите како категорија на економски неактивни граѓани

Дискриминаторскиот ефект на ограничувањата, поврзани со доделување социјална помош и бенефиции е дотолку поизразен кај барателите на работа и студентите како економски неактивни граѓани, кои го користат правото на слободно движење за да се преселат и да престојуваат во друга држава-членка, различна од матичната. Финансиската поддршка за оваа категорија ЕУ државјани-мигранти е клучна како тие би можеле постепено да се приспособат на пазарот на труд во државата домаќин. Во *Колинс*, Судот на правдата на ЕУ ја прифати можноста финансиските придобивки од овој тип да бидат резервирани за оние што може да демонстрираат поврзаност со пазарот на труд, секако, под услов воспоставените ограничувања да се пропорционални.³² Од друга страна, во *Јоанидис*, грчки државјанин, кој своето образование го стекнал во Грција бараше работа во Белгија, но немаше право на белгискиот „привремен додаток“, кој беше достапен само за лица што го завршиле средното образование во Белгија.³³ Судот сметаше дека овој услов е премногу општ и исклучителен, но и несразмерен и несоодветен на целта што се следи. Условот што се однесуваше на државата во која лицата се стекнале со одреден степен на образование беше присутен и во *Д'Хой*. Тој го засегаше правото на привремен додаток на г-ѓа Д'Хоп, белгиска државјанка што се образувала во Франција, и беше достапен само за оние што по завршување на образованието бараат работа, под услов да се образувале во Белгија.³⁴ Судот нагласи дека е спротивно на правото на слободно движење, државјанин на држава-членка, кој се образувал во друга држава-членка во матичната држава да биде третиран понеповолно отколку кога не би го искористил своето право на слободно движење. На тој начин, граѓанинот би бил одвратен или спречен во намерата да го користи ова право бидејќи пречките на кои наидува тој по враќањето во матичната држава практично го „казнуваат“ поради тоа што го користел правото на слободно движење. Во овој случај, како што забележува Судот, станува збор за нееднаков третман помеѓу домашните државјани, кои го користеле правото на слободно движење (поради стекнување образование во странство) и домашните државјани што не го сториле тоа. Повторувајќи ја истата аргументација од *Јоанидис*, Судот истакна дека одбивањето на домашниот државјанин да му биде одобрен паричниот надоместок, само затоа што тој своето средно образование го стекнал во друга држава-членка, е спротивно на правото на Унијата.

Во случајот *Бидар* ограничувањето се однесуваше на должината на престојот во државата членка домаќин. На француски студент во Лондон му беше одбиено барањето за субвенциониран студентски заем, бидејќи се сметаше дека времетраењето на неговиот престој во Велика Британија пред започнување на студиите не било соодветно долго – условот налагаше три години претходен престој и „settled“ статус во Велика Британија.³⁵ Иако овие прашања сега се регулирани со Директивата за граѓанство (Citizenship Directive)³⁶, која се применува во државите членки од

2007 година, сепак, резоните на Судот во врска со оправданоста на условот за „интегрираност“ сè уште се од корист. Условот за тригодишен престој се однесуваше подеднакво за странските и домашните државјани, но барањето да се биде „settled“ се однесуваше само на странците. Условот за претходен престој беше прифатлив за Судот, но фактот што условот за интегрираност не се однесува на сите државјани беше спротивен на начелото на недискриминација утврдено со Договорот. Така, Судот ги сметаше за прифатливи ограничувањата, кои бараат интегрираност во општеството, сè додека тие се пропорционални и подеднакво се применуваат на странските и на домашните државјани.

Имајќи го предвид членот 24(2) од Директивата за граѓанство, се чини дека претходното правило за еднаков третман до некаде е доведено во прашање. Додека со оваа одредба се бара на ЕУ државјаните мигранти да им се даде еднаков третман со домашните државјани, истовремено, исклучокот од ова правило



предвидува дека државата членка – домаќин не е должна на ЕУ државјанинот мигрант да му додели право на социјална помош/надомест за време на првите три месеци престој (или доколку е соодветно, подолг период), ниту е должна *прег* стекнување на *правото* на *исп*ојан *исрес*ој да му додели парична помош за студирање, вклучително и стручно оспособување, во форма на студентски грантови или заеми за невработени или самовработени лица.

Овој пристап беше потврден во *Форстер*. Иако фактите на случајот се случија пред да стапи во сила Директивата за граѓанство, Судот при носење на пресудата, сепак, се водеше според правните решенија од Директивата. Во случајот, германска државјанка во Холандија била одбиена за парична помош за студирање затоа што не била економски активна и претходно не престојувала во Холандија во период од пет години, како што барале холандските правила (овие услови не важеле за холандските државјани).³⁷ Едно од прашањата што ги упати националниот суд беше тоа дали овој услов е компатибилен со членот 18 ДФЕУ (принципот на недискриминација). Судот потврди дека принципот на недискриминација е применлив во случајот, истакнувајќи дека Директивата за државјанство, која не се применуваше на фактите во главната постапка, во член 24(2) предвидува дека

³¹ C-209/03 *The Queen, on the application of Dany Bidar v London Borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills* [2005] ECR I-2119; C-103/08 *Gottwald v Bezirkshauptmannschaft Bregenz* [2009] I-09117.

³² C-138/02 *Collins v Secretary of State for Work and Pensions* [2004] ECR I-2703.

³³ C-258/04 *Office national de l'emploi v Ioannis Ioannidis* [2005] I-08275.

³⁴ C-224/98 *D'Hoop v Office national de l'emploi* [2002] ECR I-6191.

³⁵ C-209/03 *Dany Bidar*.

³⁶ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States OJ L 158 30.4.2004, p. 77.

³⁷ C-158/07 *Förster v Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep* [2008] I-08507.

кога се работи за лица што не се работници или самовработени, државата членка – домаќин не е должна да додели парична помош за студирање, вклучително и стручно оспособување за студенти што не стекнале право на исошојан иресишој. Од друга страна, во членот 16(1) од Директивата за граѓанство се гарантираше дека овие лица ќе имаат право на постојан престој на територијата на државата членка – домаќин доколку таму легално престојувале во континуиран период од определен број години. Испитувајќи ја пропорционалноста на холандскиот услов за петгодишен престој, Судот сметаше дека со условот не се надминува она што е неопходно за постигнување на целта: државата да се осигури дека студентите од други држави-членки на кои им доделува парична помош имаат одреден степен на интегрираност во општеството. Судот сметаше дека холандските мерки не го прекршуваат принципот на недискриминација, утврден во членот 18 ДФЕУ, бидејќи условот што го поставуваат тие е оправдан. Иако е јасно дека на тој начин холандските граѓани

Граѓаниите на ЕУ уживаат право на еднаков третман со домашните државјани на државите членки и во однос на иресишојот до социјалните бенефиции.

се третираат различно (поповолно) од државјаните на другите држави-членки, претходно не претставува дискриминација затоа што тука постои висинска разлика меѓу двете категории граѓани, заради што нееднаквиот третман е оправдан.³⁸ Резонот што го применува Судот во *Форсџер* се чини спротивен на *Бигар* и *Колинс*, каде што беше заклучено дека националните правила што се однесуваат на овој тип помош мора да се применуваат подеднакво за сите државјани.

Конечно, случајот *Морган* се разликува од претходните бидејќи тука станува збор за можноста за „извезување“ стипендија за студирање од една во друга држава-членка. Се работи за германска државјанка што сакала да студира во

Велика Британија, при што побарала нејзината германска стипендија да ѝ биде исплатена таму – барање што било одбиено затоа што германските правила дозволуваат изнесување на стипендијата во друга држава само тогаш кога тамошните студии (курс) се продолжение на студии (курс) што бил претходно следен најмалку една година во Германија.³⁹ Судот утврди дека овие правила ги одвраќаат германските студенти од намерата да заминат во странство и следствено, претставуваат „ограничување на движењето“ во смисла на член 21 ДФЕУ. Иако Судот имаше разбирање за потребата на државите членки за финансиска контрола, ставајќи ги условите за интегрираност во функција на ограничување на трошоците за стипендирање, тој сметаше дека условот претходно да се помине една година студии во Германија неоправдано фаворизира елемент што самиот не е индикација за степенот на интегрираност во општеството во државата членка – домаќин.⁴⁰ Како резултат, ваквото ограничување го надминува она што е неопходно за да се постигне целта и не може да се смета за пропорционално.

³⁸ S. O'Leary, 'Equal Treatment and EU Citizens: A New Chapter on Cross-Border Educational Mobility and Access to Student Financial Assistance', *European Law Review* (2009) 34(4), стр.615-622.

³⁹ C-11/06 *Morgan v Bezirksregierung Köln* [2007] ECR I-9161.

⁴⁰ M. Dougan, 'Cross-border educational mobility and the exportation of student financial assistance', *European Law Review* (2008) 33, стр.723-738.

5. Завршни забелешки

Дискриминаторскиот третман во државата членка – домаќин кон ЕУ државјаните што го користат правото на слободно движење за да се преселат и работат таму, сериозно го загрозува функционирањето на внатрешниот (единствениот) пазар на Унијата, ставајќи го мигрантот во споредливо понеповолна положба и фаворизирајќи го пазарот на државата членка домаќин. Особено е важно на ЕУ државјаните мигранти да не се гледа единствено како на економски додадена вредност за државата домаќин, односно средство за постигнување на економска корист – овие лица се пред сè човечки суштества со индивидуални приказни, проблеми и предизвици и за нив нееднаквиот третман претставува пречка за нивно интегрирање во општеството на државата членка каде што се определиле тие да живеат и работат.

Со оглед на погорната анализа, важно е да се потенцира дека постојат одредени ситуации во кои забраната за директна и индиректна дискриминација не се применува. Имено, примената на забраната за дискриминација од членот 45 ДФЕУ е исклучена во услови на т.н. „целосно внатрешна ситуација“ (purely internal situation), која се однесува на практика што е позната во литературата како „обратна дискриминација“ (reverse discrimination).⁴¹ Оваа практика вклучува околности во кои домашните државјани во сопствената држава-членка не може да ги бараат истите права кои во таа држава им припаѓаат на ЕУ државјаните мигранти од другите држави-членки. Стандардната формулација, која Судот ја употребува за да ги опише овие ситуации е дека во случајот „не постои фактор што ги поврзува овие лица со некоја од ситуациите, регулирани со правото на Унијата“.⁴² Секако, постојат и отстапувања од ваквиот пристап, на пример, во *Де Грој* каде што холандски работник тврдеше дека кога се вратил во својата матична држава бил дискриминиран во однос на придонесите за социјално осигурување.⁴³ Нему му беше дозволено да го искористи тогашниот член 39 ДЕЗ (денес, член 45 ДФЕУ) против матичната држава бидејќи претходно бил вработен и престојувал во други држави-членки (Велика Британија, Франција и Германија).

Дополнително, кога се работи за неприменливоста на забраната за дискриминација, треба да се имаат во обзир објективните основи за оправдување на индиректната дискриминација, утврдени во Договорот за функционирање на ЕУ и секундарното законодавство. Се работи за национални мерки што произведуваат директно или индиректно дискриминаторски ефект, но кои може да се оправдаат врз основа на јавната политика, јавната безбедност, јавното здравје и др.⁴⁴ За да не се спротивни на член 45 ДФЕУ, потребно е овие мерки да бидат наменети за постигнување одредена легитимна цел, да не произлегуваат од стриктно економски причини, ниту, пак, причини што се поврзани со националноста на ЕУ државјаните, и конечно, да бидат пропорционални.⁴⁵

Од понудената анализа може да се забележи дека практиката на Судот на правдата на ЕУ во областа на слободното движење на ЕУ државјаните во рамките на Унијата е постојано во еден своевиден процес на еволуција и надградба. Токму поради динамичноста на оваа проблематика и самата практика на Судот на правдата на ЕУ во овој домен следи тренд на еволуција. Оттаму, Судот на правдата на ЕУ не ги следи секогаш „слепо“ претходно воспоставените принципи од сопствената практика и понекогаш е спремен да отстапи од својот дотогашен пристап и начин на резонирање за определено прашање, доколку тоа го бараат фактичките и правните околности на конкретниот случај.

⁴¹ S. I. Sanchez, 'Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned?', *European Constitutional Law Review* (2018) 14(1), стр.7-36.

⁴² C-175/78 R v Saunders [1979] ECR 1129.

⁴³ C-385/00 De Groot v Staatssecretaris van Financiën [2002] ECR I-11819.

⁴⁴ G. Davies, *EU Internal Market Law*, 2nd edition (Cavendish Publishing, 2003), стр.101,102.

⁴⁵ C-137/04 *Rockler v Försäkringskassan* [2006] ECR I-1441; C-237/94 *O'Flynn v Adjudication Officer* [1996] ECR I-2617.