

Opatija Inter-University Centre of Excellence

Working paper

WP H 2/2010



**Pravo Europske unije i pravni poredak Republike Hrvatske
nakon 20 godina hrvatskog ustava**

Siniša Rodin

**PRAVO EUROPSKE UNIJE I PRAVNI POREDAK REPUBLIKE HRVATSKE NAKON 20 GODINA
HRVATSKOG USTAVA**

SINIŠA RODIN

Sadržaj

KRATICE	2
1. UVOD	3
2. ČL. 145 USTAVA RH I NJEGOVO EUROPSKOPRAVNO UTEMELJENJE	4
2.1. PRAVO EU U NACIONALNOM PRAVNOM PORETKU I CIRKULARNOST ČL. 145(2) USTAVA RH..	4
2.2. ZAŠTITA SUBJEKTIVNIH PRAVA UTEMELJENIH U PRAVU EU	5
2.3. OBAVEZE UPRAVNIH TIJELA	6
2.4. EKVIVALENTNA I UČINKOVITA PRAVNA ZAŠTITA	6
3. EXCEPTIO ILLEGALITATIS EUROPEENSIS.....	7
3.1. POSREDNI UČINAK	9
3.2. MARGINA PROSUDBE	13
4. RAZDVAJANJE DOKTRINE SIMMENTAL OD IZRAVNOG UČINKA.....	17
4.1. HORIZONTALNE SITUACIJE	17
4.2. SUPSTITUCIJSKI I PREKLUZIVNI UČINCI PRAVA EU	19
5. DOKTRINA SIMMENTHAL I SUDSKA KONTROLA USTAVNOSTI U DRŽAVAMA ČLANICAMA	22
5.1. DECENTRALIZIRANI SUSTAV KONTROLE USTAVNOSTI	23
5.2. USTAVNI IZAZOV.....	25
6. ZAKLJUČAK.....	28

Kratice

n.o. – nezavisni odvjetnik

ES – Europski sud

UFEU – Ugovor o funkcioniranju Europske unije

UEU – Ugovor o Europskoj uniji

1. Uvod

Proglašenjem na dan 16. lipnja 2010. godine Hrvatski Sabor prihvatio je promjene Ustava Republike Hrvatske kojima je, između ostaloga, uređen i status prava Europske unije u nacionalnom pravnom poretku. Temeljem Čl. 152 Ustava, promjene sadržane u novoj Glavi VIII. Ustava, koja nosi naslov "Europska unija", stupiti na snagu danom pristupanja Hrvatske Europskoj uniji. Promjene koje donosi Glava VIII. uređuju pravnu osnovu članstva u EU i prijenos ustavnih ovlasti na njene institucije (Čl. 143), sudjelovanje hrvatskih građana i institucija u institucijama EU (Čl. 144), odnos nacionalnog prava i prava EU (Čl. 145), te prava građana EU (Čl. 146). Navedene ustavne odredbe osmišljene su i prihvaćene kako bi osigurale ustavnu osnovu za zakonito i s pravom EU usklađeno sudjelovanje Hrvatske u toj međunarodnoj organizaciji.

U ovom radu posebno ću se osvrnuti na novi Čl. 145, odnosno, na ustavnu odredbu koja uređuje odnos hrvatskog prava s pravom EU a koja glasi:

- (1) Ostvarivanje prava koja proizlaze iz pravne stečevine Europske unije, izjednačeno je s ostvarivanjem prava koja su zajamčena hrvatskim pravnim poretkom.
- (2) Pravni akti i odluke koje je Republika Hrvatska prihvatila u institucijama Europske unije primjenjuju se u Republici Hrvatskoj u skladu s pravnom stečevinom Europske unije.
- (3) Hrvatski sudovi štite subjektivna prava utemeljena na pravnoj stečevini Europske unije.
- (4) Državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravne osobe s javnim ovlastima izravno primjenjuju pravo Europske unije.

Ova ustavna norma otvara hrvatski ustavnopravni poredak za primjenu prava EU pred domaćim sudovima i tijelima javne uprave. Posebice, stavak 1 odnosi se na načelo ekvivalentne i učinkovite pravne zaštite, stavak 2 na načela nadređenosti, stavak 3 na načelo izravnog učinka, a stavak 4 na administrativni izravni učinak. Ta su načela izvorno formulirana u praksi Europskog suda i predstavljaju temelje pravnog poretka Europske unije. Ona obvezuju sve države članice i uvjet su za članstvo u Europskoj uniji. Utoliko se može reći da je Čl. 145 posebni nacionalni izričaj tih europskih načela koja obvezuju bez obzira jesu li sadržana u ustavnom tekstu ili ne.

Navedena načela stvaraju konkretne obaveze za nacionalne redovne sudove i za Ustavni sud. Sažeto, nacionalni redovni sudovi imaju obavezu pružati zaštitu subjektivnim pravima koja proizlaze iz normi prava EU, a ta zaštita mora biti učinkovita i ekvivalentna pravnoj zaštiti koju pružaju subjektivnim pravima koja proizlaze iz nacionalnog pravnog poretka. Nadalje, nacionalni sudovi moraju interpretirati nacionalno pravo u svjetlu prava EU, a u slučaju da to nije moguće, ted a zaključe kako je neka nacionalna norma suprotna normi prava EU, moraju tu nacionalnu normu izuzeti iz primjene, ne čekajući da o tome prethodno odluči Ustavni sud ili neko drugo tijelo. Ukoliko im je za rješavanje slučaja potrebna interpretacija neke norme prava EU, tada redovni sudovi mogu, a sudovi protiv čije odluke nema pravnog sredstva moraju postaviti prethodno pitanje Europskom sudu pravde, u skladu s Čl. 267 UFEU.

2. Čl. 145 Ustava RH i njegovo europskopravno utemeljenje

Svrha Glave VIII. Ustava RH je osigurati ustavne pretpostavke za članstvo Hrvatske u Europskoj uniji. Međutim, to ne znači da članstvo Hrvatske u toj međunarodnoj organizaciji ne bi bilo moguće i bez u njoj sadržanih odredbi. Veći dio sadržaja koji je uređen Glavom VIII. proizlazi iz odredaba Osnivačkih ugovora, sekundarnog prava EU i prakse Europskog sudaropske unije, a jednim će dijelom biti uređen i Ugovorom o pristupanju Hrvatske EU. Međutim, ove odredbe nesporno imaju unutarnjopravni značaj, budući da osiguravaju ustavnu osnovu za donošenje propisa kojima se pravo EU unosi u nacionalni pravni poredak, te olakšavaju ispunjenje hrvatskih obaveza prema Europskoj uniji.

U izlaganju koje slijedi fokus će biti na statusu i modusu primjene prava Europske unije u nacionalnom pravnom poretku. Stoga ću, ne ulazeći u ostale ustavne amandmane sadržane u Glavi VIII., najprije izložiti europskopravno porijeklo obaveza propisanih Čl. 145 Ustava RH i pojasniti njihov sadržaj. Nakon toga pobliže ću izložiti obavezu nacionalnih sudova da izuzmu iz primjene norme nacionalnog prava koje su suprotne pravu EU i kako se ta obaveza odražava na nacionalnu ocjenu ustavnosti zakona. Temeljem izloženoga pokušati ću dokazati tezu da je odredba Čl. 145 Ustava RH deklaratorne a ne konstitutivne naravi, budući da se njen bitni sadržaj kristalizira kroz dijalog između nacionalnih sudova i Europskog suda, te da je glavna funkcija navedene ustavne norme stvoriti ustavne pretpostavke za sudjelovanje hrvatskih redovnih sudova i Ustavnog suda u europskom pravnom diskursu.

2.1. Pravo EU u nacionalnom pravnom poretku i cirkularnost Čl. 145(2) Ustava RH

Odredba Čl. 145(2) Ustava RH je cirkularna. Ona upućuje na obavezu nacionalnih sudova da primjenjuju pravo na način sukladan pravu Europske unije. Slično rješenje prihvaća, primjerice, Čl. 2(1) European Communities Act koji je pravna osnova za primjenu prava EU u Ujedinjenom Kraljevstvu,¹ kao i Čl. 3(a)(3) Ustava Republike Slovenije.² Važno je naglasiti da cirkularnost citiranih odredbi prikriva stvarni doseg propisane obaveze koja ne uključuje samo autoreferentnu obavezu primjene prava Europske unije, već i obavezu primjene nacionalnog prava u skladu s pravom EU. Dok je već i samo po sebi razumljivo da se norme prava EU primjenjuju na način koji one to same propisuju, obaveza primjene nacionalnog prava u skladu s pravom EU proizlazi iz načela koja proizlaze iz prava EU, poput nadređenosti i izravnog učinka, a u širem smislu iz općeg načela međunarodnog prava *pacta sunt servanda*. Utoliko ovu normu valja shvatiti u

¹ European Communities Act (1972), Čl. 2(1): All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression “enforceable Community right” and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies.

² Ustav Republike Slovenije Čl. 3(a)(3): Pravni akti in odločitve, sprejeti v okviru mednarodnih organizacij, na katere Slovenija prenese izvrševanje dela suverenih pravic, se v Sloveniji uporabljajo v skladu s pravno ureditvijo teh organizacij.

smislu da propisuje obavezu primjene čitavog nacionalnog prava na način koji je u skladu s obavezama koje proizlaze iz prava EU. Osobito je važno naglasiti da te obaveze obuhvaćaju i načela izravnog učinka i nadređenosti prava EU nacionalnom pravu kako ih je u svojoj ranoj praksi formulirao Europski sud pravde.³ Ukratko, norma prava EU imati će izravni učinak u hrvatskom pravu kada to proizlazi iz same norme prava EU, te će biti nadređena hrvatskom pravu stoga što je to njena opća karakteristika. Stoga se Čl. 145(2) Ustava RH može shvatiti kao norma koja implicitno propisuje izravni učinak i nadređenost prava EU hrvatskom pravu. Ta su načela ugrađena u same temelje prava EU i konstituiraju njen pravni poredak kao izvoran i autonoman. Stoga niti Čl. 145(2) ne smije shvatiti na banalan način kao puko kolizijsko pravilo, već kao na ustavnopravnu deklaraciju temeljnih načela na kojima se pravo EU zasniva. Ta načela prožimaju nacionalne pravne poretke država članica i bez njihovog prihvaćanja članstvo u EU nije moguće.

Drugo, izričaj "pravni akti i odluke koje je Republika Hrvatska prihvatila u institucijama Europske unije" valja shvatiti u smislu da se on odnosi i na one pravne akte i odluke koji su prihvaćene u institucijama EU, pa i na one koji su prihvaćeni većinskim odlučivanjem, bez obzira je li im se Hrvatska usprotivila ili glasala protiv njih u Vijeću ministara ili ne.⁴

Ukratko, Čl. 145(2) otvara hrvatski pravni sustav pravnom poretku EU i time ga diferencira od pravnog poretka međunarodnog prava. On, između ostaloga, predstavlja nacionalni pravni izričaj načela izravnog učinka i nadređenosti prava EU nacionalnom pravu, ali u sebi sadrži i ostala načela prava EU, kako ona koja su izričito propisana Čl. 145, tako i ona koja nisu izričito navedena, a koja se kristaliziraju u praksi Europskog suda pravde.

2.2. Zaštita subjektivnih prava utemeljenih u pravu EU

Članak 145(3) propisuje da hrvatski sudovi imaju štititi subjektivna prava koja se temelje na pravnoj stečevini EU. Riječ je o posebnom izričaju i dodatnoj razradi Čl. 141 Ustava koji propisuje da međunarodni ugovori čine dio unutarnjeg pravnog poretka i da su nadzakonske snage. Međutim, dok Čl. 141 otvara hrvatski pravni poredak prema međunarodnim ugovorima, Čl. 145(3) je širi, te uključuje ukupnu pravnu stečevinu EU, dakle, i norme sekundarnog prava koje se ne mogu smatrati međunarodnim ugovorima, već pravom koje nastaje temeljem međunarodnih ugovora. Ova ustavna norma od izuzetne je važnosti budući da priznaje izravni učinak prava EU u hrvatskom pravnom poretku.

I ovdje je riječ o deklaratornoj normi, budući da je izravni učinak prava EU ugrađen u same temelje pravnog poretka Unije. Riječ je o svojstvu normi prava EU da stvaraju subjektivna prava koja nacionalni sudovi moraju štititi. Ova ustavna odredba na ustavnoj razini upućuje nacionalne sudove na praksu Europskog suda pravde vezanu uz izravni učinak prava EU. Zaštita subjektivnih

³ Predmet 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, ECR 1 English special edition; Predmet 6/1964 *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, ECR 585 English special edition

⁴ Predmet 39/72 *Commission v. Italy*, § 20 presude

prava utemeljenih na normama prava EU obaveza je sudova kako u vertikalnim tako i u horizontalnim pravnim odnosima, odnosno, ona prožima ukupni pravni poredak.

2.3. Obaveze upravnih tijela

Odredba Čl. 145(4) temeljem koje državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravne osobe s javnim ovlastima izravno primjenjuju pravo Europske unije propisuje tzv. administrativni izravni učinak.⁵

Naime, izravni učinak normi prava EU obvezuje ne samo sudove, već i upravna tijela. Ovu odredbu valja interpretirati funkcionalno, te se mora uzeti da pojam "državnog tijela" obuhvaća ne samo ona koja su navedena u ovoj ustavnoj odredbi, već sva tijela koja su u širem smislu pod nadzorom države ili imaju javne ovlasti, uključujući i tijela lokalne vlasti. Prema shvaćanju ES, takva tijela imaju obavezu primijeniti pravo EU pod jednakim uvjetima kao i sudovi te, ukoliko je to potrebno, ne primijeniti nacionalnu pravnu normu koja bi pravu EU bila suprotna.⁶

2.4. Ekvivalentna i učinkovita pravna zaštita

Članak 145(1) Ustava RH deklaratorni je izričaj dvaju načela koja su formulirana u praksi Europskog suda pravde – načela ekvivalencije i načela učinkovitosti. Oba načela ugrađena su u same temelje pravnog poretka EU i dobro utvrđena u praksi Europskog suda pravde. Ukratko, ona govore da ostvarivanje prava koja proizlaze iz pravne stečevine Europske unije mora biti izjednačeno s ostvarivanjem prava koja su zajamčena nacionalnim pravnim poretkom. Riječ je o procesnim načelima koja, obvezuju redovne i ustavne sudove.

Načela ekvivalencije i učinkovite sudske zaštite usko su povezana. Dok prvo govori da ne smije biti razlike u kvaliteti pravne zaštite, bez obzira na je li izvor subjektivnog prava nacionalan ili nadnacionalan, drugo postavlja zahtjev da nacionalno procesno pravo ne smije u praksi činiti zaštitu subjektivnih prava koja se temelje na normi prava EU nemogućom ili pretjerano teškom.⁷ Pri tome za nacionalne sudove nastaju dvije komplementarne procesnopravne obaveze. Kao prvo, ukoliko za zaštitu subjektivnog prava zajamčenog pravom EU ne postoji zakonom propisano nacionalno pravno sredstvo, nacionalni sud mora bez obzira na to omogućiti pravnu zaštitu, ako je potrebno, stvarajući samostalno novo pravno sredstvo.⁸ S druge strane, ukoliko neka nacionalna procesna pravna norma sprečava učinkovitu zaštitu prava EU, nacionalni sud mora je izuzeti iz

⁵ Predmet 103/88 *Fratelli Costanzo S.p.A v. Comune di Milano* (1989) ECR 1839, § 30 i 31 presude

⁶ *Id.* § 33 presude

⁷ Vidi npr. predmet C 542/08 *Friedrich G. Barth v Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung* (još neobjavljeno), § 17 presude. Za raniju praksu vidi npr. predmet C-228/96 *Aprile* (1998) ECR I-7141, § 18 presude

⁸ Predmet 222/84 *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, (1986) ECR 1651

primjene i na taj način omogućiti pravnu zaštitu materijalnog subjektivnog prava, čak i ako bi u sličnoj nacionalnoj situaciji primijenio takvu normu.⁹

Načelima ekvivalencije i učinkovitosti vezani su i ustavni sudovi. U predmetu *Transportes Urbanos*, Europski sud pravde zauzeo je shvaćanje da je postupak prethodnih pitanja koji je uređen Čl. 267 TFEU ekvivalentan nacionalnom postupku konkretne ocjene ustavnosti¹⁰ u nacionalnom pravu, te da standardi zaštite subjektivnih prava u oba postupka moraju biti ekvivalentni.¹¹

3. Exceptio illegalitatis europeensis

Obaveze koja za nacionalne sudove proizlaze iz članstva u Europskoj uniji kristalizirale su se u praksi Europskog sudaropske unije, a u šezdesetim i sedamdesetim godinama XX. stoljeća, posebice u predmetima *Van Gend en Loos* i *Costa v. ENEL*,¹² te *Simmenthal 2*.¹³ Uzete zajedno, ove presude čine jezgru europskog nadnacionalnog konstitucionalizma. Dok je u *Van Gend en Loos* Europski sud uspostavio doktrinu izravnog učinka, u *Costa v. ENEL* formulirao je doktrinu nadređenosti prava EU nacionalnom pravu izrazivši stajalište da pravo EU ne može biti nadjačano (engl. overridden) kasnije donesenim nacionalnim propisima u bilo kojem obliku (engl. however framed),¹⁴ a u in *Simmenthal 2*, dao je odgovor na pitanje koje su pravne posljedice činjenice da se pojedinci mogu pozivati na pravna pravila prava EU protiv države, imajući u vidu činjenicu da ta pravna pravila imaju višu pravnu snagu od nacionalnog prava.

Tri navedene presude stavile su pojedince i njihova subjektivna prava u središte rasprave. Za razliku od međunarodnog prava, pojedinci su subjekti "novog pravnog poretka", te iz njega izvode subjektivna prava koja su nacionalni sudovi obavezni štiti (*Van Gend en Loos*). Takva subjektivna prava postoje bez obzira na bilo kakvu kasniju nacionalnu regulaciju (*Costa*) i "čine automatski neprimjenjivom" bilo koju suprotnu im odredbu nacionalnog prava (*Simmenthal 2*). Sukladno tome, nacionalni sud ima obavezu izuzeti takve, pravu EU suprotne, nacionalne norme iz primjene kako bi zaštitio subjektivna prava koja fizičkim i

⁹ Predmet C-312/93 Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS v Belgian State, (1995) ECR 4599. Vidi i Čapeta T. i Rodin S., OSNOVE PRAVA EU, Narodne novine, Zagreb, 2010.

¹⁰ U Hrvatskoj je riječ o Čl. 37 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH, Nn 49/2002 (pročišćeni tekst)

¹¹ Predmet 118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL v Administración del Estado* (još neobjavljen u ECR)

¹² *Supra*, bilješka 3

¹³ Predmet 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* (*Simmenthal 2*) (1978) ECR 629

¹⁴ Predmet *Costa v. E.N.E.L.*, *supra*, bilješka 3, § 3 presude: "... the law stemming from the Treaty, an independent source of law, could not, because of its special and original nature, be overridden by domestic legal provisions, however framed..." Na njemačkom jeziku: "... aus alledem folgt, dass dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können"

pravnim osobama pripadaju izravno temeljem norme prava EU ¹⁵ ne tražeći i ne čekajući prethodnu odluku bilo kojeg nacionalnog tijela koje ima vlastitu diskreciju, uključujući i nacionalni ustavni sud. ¹⁶

Posljednje navedena posljedica – obaveza nacionalnog suda da izuzme iz primjene nacionalnu pravnu normu koja stoji na putu pravnoj zaštiti subjektivnih prava koja se temelje na objektivnom pravnom pravilu Europske unije, bez prethodne ocjene ustavnosti pred ustavnim sudom – iz temelja je izmijenila nacionalne sustave sudbenog nadzora ustavnosti i zakonitosti. Umjesto da zatraži odluku nacionalnog ustavnog suda, sudac redovnog suda koji odlučuje u glavnoj stvari stekao je ovlast samostalno riješiti problem sukoba norme nacionalnog prava s normom prava EU, moguće uz interpretativnu pomoć Europskog sudaropske unije u postupku prethodnog pitanja temeljem Čl. 267 UFEU. ¹⁷

I dok se doktrina nadređenosti nije znatno mijenjala od šezdesetih godina XX. stoljeća, te je potvrđena i Ugovorom iz Lisabona, ¹⁸ obaveza koja proizlazi iz presude *Simmenthal 2* prošla je značajnu evoluciju. Danas se ona više ne može shvaćati tek kao procesno naličje doktrine nadređenosti prava EU nacionalnom pravu, već kao složeno tkivo refleksivne suradnje nacionalnih sudova sa Sudom EU. U ovom dijelu najprije ću prikazati kako je doktrina *Simmenthal* omekšala,

¹⁵ *Simmenthal 2, supra*, bilješka 13, § 21 presude: "Furthermore , in accordance with the principle of the precedence of Community Law , the relationship between provisions of the Treaty and directly applicable measures of the institutions on the one hand and the national law of the Member States on the other is such that those provisions and measures not only by their entry into force render automatically inapplicable any conflicting provision of current national law but - in so far as they are an integral part of , and take precedence in , the legal order applicable in the territory of each of the Member States - also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with Community provisions.

¹⁶ *Simmenthal 2, supra*, bilješka 13, § 24 presude: "...a national court which is called upon, within the limits of its jurisdiction , to apply provisions of Community law is under a duty to give full effect to those provisions , if necessary refusing of its own motion to apply any conflicting provision of national legislation , even if adopted subsequently , and it is not necessary for the court to request or await the prior setting aside of such provision by legislative or other constitutional means."

¹⁷ Ta se ovlast u literature često naziva "mandat *Simmenthal*" (engl.: *Simmenthal mandate*). Izraz je prva upotrijebila Monica Claes. Vidi, Monica Claes, *THE NATIONAL COURTS' MANDATE IN THE EUROPEAN CONSTITUTION*, Hart Publishing, 2006

¹⁸ Doktrina ES potvrđena je Deklaracijom 17 uz Lisabonski ugovor i mišljenjem pravne službe Vijeća (Declaration 17 Concerning Primacy to the Lisbon Treaty and the Opinion of the Council Legal Service): "The Conference recalls that, in accordance with well settled case law of the EU Court of Justice, the Treaties and the law adopted by the Union on the basis of the Treaties have primacy over the law of Member States, under the conditions laid down by the said case law. The Conference has also decided to attach as an Annex to this Final Act the Opinion of the Council Legal Service on the primacy of EC law as set out in 11197/07 (JUR 260): "Opinion of the Council Legal Service of 22 June 2007: It results from the case-law of the Court of Justice that primacy of EC law is a cornerstone principle of Community law. According to the Court, this principle is inherent to the specific nature of the European Community. At the time of the first judgment of this established case law (*Costa/ENEL*, 15 July 1964, Case 6/6411) there was no mention of primacy in the treaty. It is still the case today. The fact that the principle of primacy will not be included in the future treaty shall not in any way change the existence of the principle and the existing case-law of the Court of Justice."

prvenstveno razvojem komplementarnih doktrina posrednog učinka i margine prosudbe. Drugo, sugerirati ću da se iz prakse Europskog suda može zaključiti kako je došlo do razdvajanja doctrine Simmenthal i doctrine izravnog učinka, te koje su posljedice tog razdvajanja. Na kraju, pokušati ću pokazati kako je doktrina Simmenthal utjecala na europski međusudski dijalog te, moguće, pokrenula preporod sudbenog nadzora ustavnosti na nacionalnoj razini.

Glavna teza koju zastupam u ovom dijelu govori da su doktrine posrednog učinka i margine diskrecije ograničile područje primjene doktrine Simmenthal.¹⁹ Drugim riječima, učinak tih doktrina smanjio je broj situacija u kojima je izuzimanje nacionalnog prava iz primjene zbog suprotnosti pravu EU uopće potrebno. S druge strane, nacionalni suci dobili su nove zadaće, posebice, interpretirati nacionalno pravo u svjetlu prava EU, te nadzirati nacionalnu marginu prosudbe u skladu s praksom Europskog suda.²⁰

3.1. Posredni učinak

Doktrina posrednog učinka, kako ju je formulirao ES, uspostavlja obavezu za nacionalne sudove da interpretiraju nacionalno pravo u skladu s pravom EU. Doktrina ima utemeljenje u načelu međunarodnog prava *pacta sunt servanda*, a dodatno i u nacionalnim doktrinama interpretacije nacionalnog prava u skladu s međunarodnim obavezama. Primjere takvih doktrina nalazimo u Njemačkom pravu kao doktrinu *Völkerrechts- freundliche Auslegung*, te u engleskoj doktrini Lorda Denninga iznesenoj u predmetu *Macarthy v. Smith*.²¹ Obje navedene doktrine pretpostavljaju da namjera zakonodavca nije bila kršiti međunarodne obaveze, te da zbog toga nacionalnu normu valja interpretirati, što je više moguće s njime u skladu.

Doktrina posrednog učinka temelji se na sličnim pretpostavkama. Nacionalno pravo mora se interpretirati, koliko god je to moguće, u skladu s pravom EU, što se opravdava obavezom lojalne suradnje (nakon Lisabonskog ugovora – iskrene

¹⁹ Već u prvim godinama nakon presude *Simmenthal 2*, ES je u spojenim slučajevima C-10/97 do C-22/97 *Ministero delle Finanze v IN.CO.GE.'90 Srl*, (1998) ECR I-06307, pojasnio da se ona ne ograničavaju regulatorne ovlasti zakonodavca. Vidi § 21 presude: „It cannot therefore, contrary to the Commission's contention, be inferred from the judgment in *Simmenthal* that the incompatibility with Community law of a subsequently adopted rule of national law has the effect of rendering that rule of national law non-existent. Faced with such a situation, the national court is, however, obliged to disapply that rule, provided always that this obligation does not restrict the power of the competent national courts to apply, from among the various procedures available under national law, those which are appropriate for protecting the individual rights conferred by Community law“; vidi i Ingolf Pernice, *Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law* objavljeno u Miguel Poiares Maduro and Loic Azoulay (eds.) *THE PAST AND FUTURE OF EU LAW*, Oxford 2010, na str. 47, 58

²⁰ Predmet C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, (2004) ECR 9609, § 31 presude

²¹ "If the time should come when our Parliament deliberately passes an Act – with the intention of repudiating the Treaty or any provision in it – or intentionally of acting inconsistently with it – and say so in express terms – then I should have thought that it would be the duty of our courts to follow the statute of our Parliament ... Unless there is such an intentional and express repudiation of the Treaty, it is our duty to give priority to the Treaty." *Macarthy Ltd v Smith* (1979) 3 All ER 325

suradnje), koju je izvorno propisao Čl. 5 Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici, a kasnije Čl. 10 Ugovora o Europskoj zajednici. Danas je ista norma sadržana u Čl. 4(3) UFEU.

Doktrinu je Europski sud pojasnio u predmetu *Von Colson and Kamman*.²² Obaveza koja proizlazi iz izvornog Čl. 5 Ugovora, temeljem koje nacionalno pravo valja interpretirati na način da se ostvari rezultat koji propisuje direktiva "... obvezuje sva tijela vlasti država članica, uključujući, u stvarima iz njihove nadležnosti, i sudove."

Iako je izričaj kojega koristi ES ograničen na direktive, nema dvojbe da se obaveza suradnje primjenjuje na sve obaveze temeljem Ugovora. To je danas još jasnije nakon što je Čl. 4(3) UFEU reforulirao odredbu Čl. 10 UEZ, te se u njoj danas govori o "obavezama koje izviru iz Ugovora", umjesto ranije formulacije koja je upućivala na "zadace koje proizlaze iz ispunjavanja ugovornih obaveza." Chalmers, Davies and Monti smatraju novi izričaj otvorenijim od ranijega i smatraju da se on odnosi i na obaveze koje izlaze iz izričitih ugovornih obaveza.²³ U svakom slučaju u novijoj praksi, ES jasno daje do znanja da se obaveza odnosi ne samo na direktive, već i na ukupno pravo EU.²⁴

Doktrina posrednog učinka učinila je doktrinu Simmenthal supsidijarnom obavezom. Iz same logike sudskog odlučivanja slijedi da nacionalni sudac koji odlučuje u predmetu mora najprije interpretirati nacionalno pravo, koliko je god to moguće, u skladu s pravom EU, a tek ukoliko to nije moguće, ima obavezu izuzeti nacionalnu normu iz primjene. ES je u čvrsto potvrđenoj praksi prihvatio shvaćanje temeljem kojega nacionalni sudovi moraju upravo tako postupiti, a tek ukoliko to nije moguće, moraju primjeniti pravo EU "... u potpunosti i zaštititi prava koje ono dodjeljuje pojedincima, izuzimajući iz primjene svaku suprotnu normu nacionalnog prava."²⁵

Ista je logika postala dominantnom u Britaniji gdje je posredni učinak postao "... glavni oblik koji osigurava učinak direktiva, bez obzira jesu li one prenesene ispravno, neispravno ili uopće."²⁶ Ne manje važno, posredni učinak primjenjuje

²² Predmet 14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, (1984) ECR 1891, § 26 of the judgment. See also Case C-106/89 *Marleasing* (1990) ECR I-4135, § 8; Case C-81/82 *Paola Faccini Dori v Recreb*, (1994) ECR I-3325, § 26 presude; Case C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie* (1997) ECR I-7411, § 40; spojeni predmeti C-397/01 to C-403/01 *Bernhard Pfeiffer, Wilhelm Roith, Albert Süß, Michael Winter, Klaus Nestvogel, Roswitha Zeller and Matthias Döbele v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, § 110; i spojeni predmeti C-378/07 do C-380/07 *Angelidaki and Others* (2009) ECR I-0000, §106

²³ Damian Chalmers, Gareth Davies and Giorgio Monti, *EUROPEAN UNION LAW*, (2nd ed.), Cambridge 2010, na str. 223

²⁴ Vidi npr. predmet C-212/04 *Adeneler and Others v. ELOG* (2006) ECR I-6057, § 113 presude

²⁵ Predmet C-208/05 *ITC Innovative Technology Center GmbH v Bundesagentur für Arbeit*, (2007) ECR I-181, §§ 68 i 69 presude; vidi i predmet 157/86 *Murphy and Others* (1988) ECR 673, § 11, predmet C-262/97 *Engelbrecht* (2000) ECR I-7321, §§ 39 i 40, i predmet C-224/97 *Ciola* (1999) ECR I-2517, § 26

²⁶ G. Betlem, *The Doctrine of Consistent Interpretation: Managing Legal Uncertainty* (2002) 22 OJLS 387, 399, *op. cit.* Chalmers *at al.*, *supra*, bilješka 23 na str. 294

se češće u državama članicama "... koji imaju jaču i aktivniju tradiciju interpretacije svog prava u skladu s nacionalnim ustavom."²⁷

U svakom slučaju, tako dugo dok se nacionalno pravo može interpretirati na način da je ono sukladno pravu EU, nacionalni sud neća imati potrebu izuzeti ga iz primjene zbog toga što je suprotno nekoj normi prava EU.

S druge strane, interpretativne obaveze nacionalnih sudova su znatno ojačale redovne sudove u odnosu na zakonodavnu granu vlasti. Standardno značenje nacionalnih pravnih pravila, kada se interpretira u skladu s pravom EU, može biti bitno različito od njegovog standardnog značenja u nacionalnom pravu.²⁸ Na taj način, nacionalni sudovi, kada interpretiraju nacionalno pravo na način koji je prijateljski pravu EU, mogu doći u poziciju da reformuliraju ustavna načela i koncepte (primjerice, poput jednakosti).

Ipak, ostaje pitanje u kojoj mjeri obaveza interpretacije nacionalnog prava u skladu s pravom EU i, općenito, obaveza iskrene suradnje, obvezuju nacionalne sudove kada se suoče s pitanjem zadiru li obaveze preuzete Ugovorima nacionalna ustavna jamstva. Budući da nacionalni sudovi, uključujući i ustavne sudove, ne mogu odlučivati o valjanosti prava EU,²⁹ jedini način na koji se pravo EU može osporavati temeljem nacionalnog ustavnog prava je da se nacionalne provedbene mjere oglase neustavnima. Savezni ustavni sud SR Njemačke razvio je praksu temeljem koje su provedbene mjere suprotne Temeljnomo zakonu zbog toga što ne ispunjavaju nacionalne ustavne standarde. Tako je 18. srpnja 2005. godine Savezni ustavni sud oglasio neustavnim Zakon o provedbi Europskog uhidbenog naloga, (*Europäisches Haftbefehlsgesetz*), t.j. nacionalni zakon kojime se u njemačko pravo prenosi Okvirna odluka o Europskom uhidbenom nalogu.³⁰ Zakon je oglasen neustavnim stoga što je povrijedio Čl. 16(2) TZ, t.j. načelo zakonitosti, te Čl. 19(4) TZ, stoga što nije propisao učinkovito sudske sredstvo protiv odluke o izručenju.³¹ Savezni ustavni sud nastavio je istu praksu svojom odlukom od 30. lipnja 2009.³² o ustavnosi ratifikacije Ugovora iz Lisabona, kada

²⁷ Chris Backes and Mariolina Eliantonio, *The influence of the ECJ's case law on indirect effect in the Italian, German, Dutch and English administrative legal systems and its application by the national administrative courts*, SSRN research paper SSRN-id1427255

²⁸ Vidi npr. predmet C-105/03 *Criminal Proceedings against Maria Pupino* (2005) ECR I-5285

²⁹ Predmet 314/85 *Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost* (1987) ECR 4199, § 17 presude

³⁰ Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures Between Member States, 2002/584 O.J. (L 190) 1

³¹ See Simone Mölders, *European Arrest Warrant Act is Void – The Decision of the German Federal Constitutional Court of 18 July 2005*, GERMAN LAW JOURNAL, Vol. 7 No. 1 (2006) 45, 57; za madžarski slučaj vidi Chalmers et al., *supra*, bilješka 23, na str. 226. Madžarski slučaj o kojemu pišu Chalmers et al. je osobito zanimljiv. Madžarski Ustavni sud oglasio je nacionalni propis identičan Uredbi neustavnim zbog ustavne zabrane retroaktivnosti. Tehnički, temeljem presude ES u predmetu 34/73 *Fratelli Variola S.p.A. v Amministrazione italiana delle Finanze*, (1973) ECR 981, budući da Uredbe imaju izravni učinak, ova presuda Ustavnog suda ne bi trebala imati nikakav učinak na samu Uredbu.

³² BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009

je oglasio neustavnim zakone koji Lisabonskom ugovoru daju pravni učinak u Njemačkoj.³³

Oglašavanje nacionalnih mjera koje provode pravo EU u nacionalni pravni poredak neustavnima utemeljeno je na dualističkom odnosu prava EU i nacionalnog prava, temeljem kojega, ES interpretira pravo EU, a nacionalni (ustavni) sudovi, nacionalno pravo.³⁴ Budući da redovni sudovi nemaju nikakvu ulogu u apstraknoj kontroli ustavnosti, opisana praksa i autoritet pravnih shvaćanja ustavnih sudova vakciniraju nacionalni pravni poredak od mogućnosti da redovni sudovi odlučuju o ustavnim sporovima. Na taj se način dodatno sužava područje primjene doktrine Simmenthal.

Ipak, nacionalna ustavna načela ne bi trebala predstavljati prepreku punom poštivanju odredaba Osnivačkih ugovora. U međunarodnom pravu dobro je utvrđeno načelo da se ugovori moraju primjenjivati u dobroj vjeri, što je i kodificirano Čl. 27. Bečke konvencije o pravu ugovora. Temeljem tog načela, države se ne mogu pozivati na svoje nacionalno pravo, pa niti na nacionalni ustav, kako bi opravdale kršenje svojih međunarodnih obaveza.³⁵ Isto vrijedi tim više u odnosu na Osnivačke ugovore koji predstavljaju temelj "novog pravnog poretka" što iziskuje obaveza iskrene suradnje iz Čl. 4(3) UFEU. Drugim riječima, oglašavanje nacionalnog prava kojime se provode obaveze utemeljene na Osnivačkim ugovorima neustavnim, mora biti u okviru *bona fide* primjene ugovora, a države članice ne smiju se pozivati na svoje unutarnje "norme, praksu

³³ Act of 8 October 2008 on the Treaty of Lisbon of 13 December 2007 (*Gesetz vom 8. Oktober 2008 zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007*, Federal Law Gazette *Bundesgesetzblatt - BGBl* 2008 II page 1038 and Article 1 number 1 and number 2 of the Act Amending the Basic Law (Articles 23, 45 and 93) (*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes <Artikel 23, 45 und 93>*) of 8 October 2008 (Federal Law Gazette I page 1926) and Article 1 § 3.2, § 4.3 number 3 and § 4.6 as well as § 5 of the Act Extending and Strengthening the Rights of the Bundestag and the Bundesrat in European Union Matters (*Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*, Bundestag document <Bundestags-Drucksache - BTDrucks> 16/8489)

³⁴ Damian Chalmers, *A Few Thoughts on the Lisbon Judgment*, in Andreas Fischer-Lescano, Christian Joerges and Arndt Wonka (eds.), *THE GERMAN CONSTITUTIONAL COURT'S LISBON RULING: LEGAL AND POLITICAL-SCIENCE PERSPECTIVES*, ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK, Bremen 2010, na str. 5, 6

³⁵ U pogledu nacionalnog ustavnog prava André de Hoogh ukazuje na povijest nastanka Čl. 27 Bečke konvencije koja "... potvrđuje da pozivanje na unutarnje pravo uključuje i ustave država stranaka. U biti, amandman kojega je predložio Pakistan izvorno je glasilo da "svaki ugovor na snazi obvezuje stranke i mora se izvršavati u dobroj vjeri i ni jedna stranka ne smije se pozivati na odredbe svog ustava ili svojih zakona kao na ispriku za svoj propust da ispuni ovu obavezu." (Vienna Conference, Documents, str. 145; prihvaćeno s: 55 za, nitko protiv, 30 apstinencija (Vienna Conference, First Session, str. 158). Iako se mogu primjetiti kako su određene sudionice Bečke konvencije 1968-1969 oklijevale poduprijeti ovu odredbu (prihvaćena s: 73 za, 2 protiv, 24 apstinencija; Vienna Conference, Second Session, str. 54), u pogledu ove posebne točke, ona je ipak prihvaćena te su samo dvije države (Venezuela i Iran) izrazile svoje protivljenje, sugerirajući da njihovo ustavno pravo ima prednost pred ugovorima. Dvije države (Venezuela i Guatemala) su posebno stavile reserve na ovu točku, a protiv tih rezervi neke druge države su uložile protest. "André de Hoogh, *The Relationship between National Law and International Law in the Report of the Georgia Fact-Finding Mission*, at www.ejiltalk.org

ili okolnosti" kako bi opravdale propust da ispune svoje obaveze koje nastaju temeljem prava EU.³⁶

3.2. Margina prosudbe

Doktrina Simmenthal dodatno je sužena razvojem doktrine margine prosudbe. Naime ES je već u svojoj ranoj praksi počeo razvijati marginu prosudbe koju je dopuštao nacionalnoj zakonodavnoj vlasti, primjerice, pri provedbi direktiva,³⁷ ili nacionalnim sudovima pri interpretaciji nacionalnog prava.³⁸ U oba slučaja ES je zadržao poziciju konačnog arbitra. Tako je, primjerice u predmetima poput *Van Duyn*, ES dopustio marginu prosudbe kao razlog javnog interesa koji opravdava restrikciju slobode kretanja radnika,³⁹ dok su predmeti *Orfanopoulos and Pfeiffer* primjer margine diskrecije pri provedbi direktiva. Međutim, doktrina je doživjela svoj istinski preporod kao sredstvo za rješavanje sukoba između nacionalnih ustavnih jamstava i tržišnih sloboda EU.

Izvorište sukoba nalazi se u diskursu o temeljnim pravima koji se razvio između ES i nacionalnih ustavnih sudova.⁴⁰ U biti, postavlja se slijedeće pitanje: ukoliko legitimnost naših liberlnih demokratskih ustava ovisi o poštivanju zaštićenih sfera temeljnih prava, u koja naše nacionalne vlade ne smiju zadirati, isto mora vrijediti i za nadnacionalnu Uniju. Ukoliko se temeljna prava uopće jamče, ona moraju biti zajamčena na svim razinama vlasti.

Konačni argument protiv neograničene nadređenosti prava EU u odnosu na nacionalne ustave bio je da nacionalni ustavnopravni poretki država članica temeljna prava štite bolje. Sukladno tome, nacionalna ustavna jamstva temeljnih prava moraju prevladati nad suprotnim odredbama prava EU. Taj je argument, koji je suštinski suprotan doktrini nadređenosti prava EU nacionalnom pravu,

³⁶ U predmetu C-323/97 *Commission v Belgium* (1998) ECR I-4281 Belgija se pozivala na potrebu da prihvati ustavne amandmane prije nego što će moći provesti direktivu. ES nije prihvatio taj argument, te je presudio da je Belgija povrijedila pravo EU. Vidi § 8 presude; vidi i predmet C-107/96 *Commission v Spain* (1997) ECR I-3193, § 10 presude

³⁷ Vidi npr. spojene predmete C-482/01 i C-493/01 *Georgios Orfanopoulos and Others and Raffaele Oliveri v Land Baden-Württemberg*, (2004) ECR 5257, § 114; predmet C-271/91 *Marshall* (1993) ECR I-4367, § 37, te spojene predmete C-397/01 to C-403/01 *Bernhard Pfeiffer, and others*, *supra* bilješka 22, § 105 presude

³⁸ Predmet C-208/05 *ITC Innovative Technology Center GmbH v Bundesagentur für Arbeit*, (2007) ECR I-181, §§ 68 i 69 presude

³⁹ Predmet 41/74 *Yvonne van Duyn v Home Office*, (1974) ECR 1337, § 18 presude; vidi i 30/77, *Régina v Pierre Bouchereau*, § 34, (1977) ECR 1999

⁴⁰ Dok ES u predmetu 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* ustraje na svojem shvaćanju izvorno prihvaćenom u predmetu *Costa v. ENEL*, Savezni Ustavni sud SR Njemačke tvrdi da ima konačnu nadležnost u sporovima koji se odnose na temeljna prava zajamčena ustavom, te da su temeljna prava nadređena jamstvima tržišnih sloboda EU. Vidi predmet *Solange I*, BVerfGE 37, 271, 2 BvL 52/71; vidi i presudu Ustavnog suda Republike Italije, Sentenza n. 183 del 18 dicembre 1973, *Frontini*

iznesen od strane Saveznog ustavnog suda SR Njemačke ⁴¹ i prihvaćen od Ustavnog suda Republike Italije. ⁴²

Europski sud na ovu je kritiku reagirao inkorporacijom temeljnih prava u pravni poredak EU, počevši od presude u predmetu *Nold*, ⁴³ kada je pojasnio da se smatra vezanim ustavnim tradicijama država članica i međunarodnim ugovorima za zaštitu temeljnih prava kojih su države članice stranke ili su sudjelovale na njihovoj izradi. Doktrina inkorporacije poslužila je svrsi i, na zadovoljstvo Saveznog ustavnog suda, ⁴⁴ sanirala nepostojanje instrumenta na razini EU koji bi sustavno zajamčio temeljna prava. Navedeni razvoj prava i sudski diskurs u okviru kojega je do njega došlo ipak je bio ograničen na jurisdikcijska pitanja. Inkorporacija temeljnih prava nije riješila materijalnopравни problem potencijalno divergentnih ustavnih vrijednosti.

Naime, inkorporacija temeljnih prava u pravni poredak EU nije promijenila obaveze nacionalnih sudova stvorene doktrinom Simmenthal. Njome je tek pridodan dodatni kriterij koji suci moraju uzimati u obzir. Nakon što je ES pojasnio da temeljna prava obvezuju države članice kada provode pravo EU, ⁴⁵ nacionalni sudovi koji i nadalje imaju obavezu interpretacije nacionalnog prava u skladu s pravom EU, te obavezu da u nemogućnosti takve interpretacije izuzmu iz primjene nacionalnu normu, sada moraju dodatno primjenjivati kriterije temeljnih prava. Pri tome se postavlja pitanje, što ukoliko temeljna prava, kako ih interpretira ES, imaju drugačiji opseg ili sadržaj od tih istih prava, kako ih interpretira nacionalni ustavni sud.

Takav se problem pojavio u predmetu *SPUC v. Grogan*. ⁴⁶ Suočen s izborom između nacionalnog pravnog (i društvenog) shvaćanja prava na život u Irskoj i slobode pružanja usluga kako je definirana Osnivačkim ugovorima, ES je odlučio suziti doseg prava EU kako bi izbjegao posljedice nadređenosti prava EU u odnosu na irski ustav. Studentska organizacija koja se poziva na slobodu pružanja usluga nije gospodarski subjekt i stoga izvan dosega zaštite ugovornih normi kojima se jamči sloboda pružanja usluga, a koje su nadređene nacionalnom pravu "u bilo kojem obliku" (*Costa v. ENEL*). Da je, međutim, umjesto studentske organizacije bila riječ o nekom gospodarskom subjektu, sukob vrijednosti bi bio neizbježan, te bi irski sud imao obavezu izuzeti iz primjene normu nacionalnog ustava kojom se jamči pravo na život.

Upravo zbog tog razloga Irska je inzistirala i uspješno ostvarila prihvaćanje posebnog protokola uz Ugovor iz Maastrichta koji joj je osigurao imunitet od prava EU u odnosu na ustavno shvaćanje prava na život. "Ugovor o Europskoj

⁴¹ *Solange I*, BVerfGE 37, 271, *supra*, bilješka 41; *Solange II*, BVerfGE 73, 339; *Maastricht*, BVerfGE 89, 155

⁴² *Frontini*, *supra* bilješka 40,

⁴³ Predmet 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Ruhrkohle Aktiengesellschaft*, (1977) ECR 1, § 13 presude

⁴⁴ Predmet *Solange II*, BVerfGE 73, 339, 2 BvR 197/83

⁴⁵ Predmet 5/88 *Hubert Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, § 19 presude

⁴⁶ Predmet C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan and others* (1991) ECR 4685

uniji i Ugovori o Europskim zajednicama, kao i Ugovori i Akti kojima se mijenjaju i dopunjavaju ti ugovori, ne smiju utjecati na primjenu Čl. 40.3.3. Ustava Irske u Irskoj." ⁴⁷

Presuda u predmetu *Grogan* poučava nas dvije stvari. **Prvo**, sužavanjem dosega primjene prava EU, Europski sud primjenjuje *implicitnu marginu prosudbe*. Nacionalne ustavne vrijednosti ostaju izvan sudbenog nadzora Europskog suda, tako dugo dok se nalaze izvan dosega prava EU. U takvim situacijama, razumljivo, nacionalni sudovi nemaju obavezu izuzimati nacionalno pravo iz primjene. **Drugo**, Irski protokol Ugovoru iz Maastrichta dao je irskim sudovima trajni imunitet od obaveze izuzimanja iz primjene prava na život kako je definirano irskim ustavom. Protokol ima značaj ustavnog amandmana koji priznaje ustavnu, t.j. ugovorom definiranu marginu prosudbe i na taj način dodatno sužava područje primjene doktrine Simmenthal u budućim slučajevima koji bi, za razliku od *Grogana*, mogli biti u dosegu prava EU.

Iako je suzdržanost ES u *Groganu*, vjerovatno, barem u jednom dijelu, bila vrijednosno motivirana, sam slučaj bio je riješen primjenom pravila o dosegu prava EU. Na taj je način izbjegnuto odgovor na pravo pitanje – kojoj vrijednosti dati prednost. Pravi je ispit uslijedio u slučajevima koji su nedvojbeno bili u dosegu prava EU, a koji su uključivali rješavanje materijalnih vrijednosnih izbora između tržišnih sloboda i temeljnih ustavnih prava i vrednota.

Danas je margina prosudbe postala stalnim metodološkim alatom Europskog suda koje se u osnovnom pristupu može uspoređivati s praksom Europskog suda za ljudska prava. ⁴⁸ Doktrina je Sudu EU omogućila elegantni izlaz iz situacije u kojoj bi bio prisiljen arbitrirati između različitih vrijednosti i na taj način izravno zadirati u ustavne vrijednosti država članica. Naravno, i izbor da se takav izbor ne čini, sam po sebi predstavlja vrijednosni izbor.

Današnji pristup problemu Europski sud je kristalizirao u predmetima *Schmidberger* ⁴⁹ i *Omega Spielhallen*. ⁵⁰ U oba slučaja margina prosudbe povezana je s novom obavezom nacionalnih sudova da "ostvare pravičnu ravnotežu" između tržišnih sloboda i temeljnih prava. ⁵¹ Kada je takva ravnoteža, po shvaćanju ES ostvarena, primjenjuje se margina prosudbe i nije potrebno

⁴⁷ Protocol annexed to the Treaty on European Union and to the Treaties establishing the European Communities

⁴⁸ Za Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda vidi npr. Howard Charles Yourow, *THE MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE IN THE DYNAMICS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS JURISPRUDENCE*, London, New York, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Press, 1996.

⁴⁹ Predmet C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich*, (2003) ECR I-5659

⁵⁰ *Omega Spielhallen*, *supra*, bilješka 20

⁵¹ *Schmidberger*, *supra*, bilješka 49, §§ 81 i 82: "81. In those circumstances, the interests involved must be weighed having regard to all the circumstances of the case in order to determine whether a fair balance was struck between those interests. 82. The competent authorities enjoy a wide margin of discretion in that regard. Nevertheless, it is necessary to determine whether the restrictions placed upon intra-Community trade are proportionate in the light of the legitimate objective pursued, namely, in the present case, the protection of fundamental rights."

izuzimati iz primjene nacionalno pravo. Prosudba nacionalnih sudova podvrgnuta je sudbenom nadzoru ES koji će u prosudbi primjenjivati test proporcionalnosti. Na taj način nacionalni sudac uvučen je u igru proricanja sudbine u kojoj jednim okom mora gledati na nacionalne pravne norme i vrijednosti a drugim okom na vrijednosti razvijene u praksi ES. Ne manje važno, kako je ES naglasio u predmetu *Omega*, neke nacionalne vrijednosti mogu koegzistirati čak i u odsustvu njihovog univerzalnog prihvaćanja u svim državama članicama, a pri tome ne postoji potreba za njihovom harmonizacijom.⁵²

Poruke koje nam šalju presude u predmetima *Schmidberger* i *Omega* su slijedeće. Interpretacija nacionalnog prava u skladu s pravom EU je dinamičan poduhvat. Ukoliko država može uvjeriti ES da je određena nacionalna norma ili vrednota (a.) u ravnoteži s nekim od jamstava koja se temelje na Ugovorima, ili je (b.) zbog svoje vrijednosti za nacionalni pravni poredak u granicama margine prosudbe, nacionalni sudac neće imati obavezu takvu nacionalnu normu izuzeti iz primjene.

Praksa koju je ES utvrdio u predmetima *Schmidberger* i *Omega* danas je valjano pravo.⁵³ U skladu s tim pravnim shvaćanjem, ES ograničava doseg sudbenog nadzora ostavljajući državama članicama širi prostor za nacionalnu regulaciju, čak i u slučajevima kada važni nacionalni regulatorni interesi zadiru u područje tržišnih sloboda. To vrijedi pod uvjetom da se nacionalne mjere jednako primjenjuju na domaće i strane proizvode, usluge, radnike i kapital, te pod uvjetom da nacionalna mjera prolazi na testu proporcionalnosti.⁵⁴ Na taj način ES dodatno jača regulatornu autonomiju država članica ograničavajući nadređenost prava EU u područjima gdje države članice uživaju marginu prosudbe. S druge strane, ES jača odgovornost država članica za primjenu prava EU, čineći zakonitost nacionalnog prava ovisnom o isključenju diskriminacije i proporcionalnosti.

U svojoj praksi ES je marginu prosudbe dopuštao velikodušnije kada je bila riječ o predmetima koji su uključivali vrijednosni izbor između tržišnih sloboda i nacionalnih ustavnih vrednota, kao što su bili sloboda okupljanja u *Schmidbergeru* ili ljudsko dostojanstvo u *Omegi*. Manje velikodušan ES se pokazao kada je bilo riječi o običnom nacionalnom pravu, pa čak i kada se radilo o dobro utvrđenim načelima nacionalnog građanskog prava. Primjerice u predmetu *Traghetti del Mediterraneo*,⁵⁵ ES je našao da je nacionalno pravo koje isključuje odgovornost države za štetu zbog povrede prava EU, koju je (štetu) nanio nacionalni sud protiv čije odluke ne postoji pravno sredstvo, stoga što je pogrešno primjenio pravo EU, odnosno, nacionalno pravo koje pravo na naknadu

⁵² *Omega, supra*, bilješka 20, § 31 presude: ... the specific circumstances which may justify recourse to the concept of public policy may vary from one country to another and from one era to another. The competent national authorities must therefore be allowed a margin of discretion within the limits imposed by the Treaty.

⁵³ Za noviju praksu vidi spojene predmete C-338/04, C-359/04 and C-360/04, *Criminal proceedings against Massimiliano Placanica, Christian Palazzese and Angelo Sorricchio*, (2007) ECR I-01891, at § 47 presude

⁵⁴ Više o testu proporcionalnosti vidu u Mišljenju n.o. Madura u predmetu C-434/04, *Jan-Erik Anders Ahokainen Mati Leppik v Virallinen syyttäjät*, (2006) ECR I-9171

⁵⁵ Predmet C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA v Repubblica italiana* (2006) ECR I-5177, § 46 presude

takve štete ograničava na slučajeve u kojima je šteta bila nanescna namjerno ili iz krajnje nepažnje, suprotno pravu EU i ima biti izuzeto iz primjene od strane nacionalnog suda koji o tome odlučuje.

4. Razdvajanje doktrine *Simmenthal* od izravnog učinka

Obaveza izuzimanja iz primjene nacionalnih pravnih pravila koja su suprotna pravu EU često se razumije kao procesni aspekt izravnog učinka i nadređenosti prava EU nacionalnom pravu. Da podsjetim, pravno pitanje u predmetu *Simmenthal 2*, kako ga je formulirao ES bilo je "... koje posljedice proizlaze iz izravnog učinka odredbe prava Zajednice u slučaju nesukladnosti s naknadno donesenom zakonskom odredbom države članice."⁵⁶ U ovom pitanju implicitno se polazilo od pretpostavke da, koje god to posljedice bile, one nužno ovise o izravnom učinku norme prava EU, t.j. o tome da ona mora biti jasna, bezuvjetna i precizna.

Ipak, obaveza izuzimanja iz primjene s vremenom se emancipirala od izravnog učinka. To se dogodilo onda kada je ES počeo priznavati prekluzivne učinke i onim pravilima prava EU koja nisu bila jasna, bezuvjetna i precizna. Drugim riječima, obaveza izuzimanja nacionalnog prava iz primjene ima se razumjeti šire i odvojeno od konteksta izravnog učinka.⁵⁷

Glavna je svrha ovog dijela objasniti kako je ES razdvojio obavezu nacionalnog suda da izuzme iz primjene pravu EU suprotnu normu nacionalnog prava od izravnog učinka prava EU. Budući da je razvoj u ovom području bio potaknut pokušajima ES da pronađe alternativu za nepriznati izravni učinak direktiva, najprije ću pojasniti kako se doktrina *Simmenthal* primjenjuje u horizontalnim situacijama da bih nastavio raspravu o prekluzivnim učincima prava EU.

4.1. Horizontalne situacije

Doktrine izravnog učinka i nadređenosti izvorno su razvijene u vertikalnim pravnim odnosima, t.j. u pravnim odnosima između fizičkih i/ili pravnih osoba s jedne strane i države s druge. Ubrzo je ES počeo širiti ove doktrine i na horizontalne situacije.⁵⁸

Presuda u predmetu *Simmenthal 2* uopće nije činila razliku između vertikalnih i horizontalnih situacija, usprkos činjenici da je u to vrijeme horizontalni izravni učinak Ugovora već bio priznat u praksi Suda.⁵⁹ Iz toga je moguće implicitno

⁵⁶ *Simmenthal 2*, *supra*, bilješka 13, § 13 presude

⁵⁷ Michael Dougan, *When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship Between Direct Effect and Supremacy*, 44 COMMON.MKT.L.REV. (2007) 931, 934: "... direct effect encompasses not only the creation and enforcement of subjective individual rights, but any situation in which Community norms produce independent effects within the national legal systems."

⁵⁸ Predmet 36/74 *Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española Ciclismo*, (1974) ECR 1405; predmet 43/75 *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, (1976) ECR 455

⁵⁹ *Walrave and Koch*, *supra* bilješka 58

zaključiti da se *Simmenthal 2* odnosi i na vertikalne i na horizontalne situacije. Ovaj zaključak može se izvesti i temeljem presude ES u predmetu *Walrave and Koch*, gdje je ES zaključio da se "... zbog toga što je imperativne naravi, pravilo o ne-diskriminaciji (temeljem državljanstva, op. S.R.), primjenjuje na sve pravne odnose."⁶⁰ Ovaj izričaj ostavlja vrlo malo diskrecije nacionalnom sudu kojemu ne preostaje ništa drugo do li da osigura punu učinkovitost načela ne-diskriminacije. Implicitno, u ovoj presudi prikrivena je dobro poznata obaveza nacionalnog suda da izuzme iz primjene sve pravne norme koje bi narušile učinkovitu primjenu tog načela. U konkretnom slučaju radilo se o pravilima međunarodne biciklističke udruge, ali situacija bi bila ista da je bilo riječ o normama nacionalnog prava. Utoliko § 28 presude u predmetu *Walrave and Koch* anticipira *Simmenthal 2* i to u horizontalnoj situaciji. Stoga se čini prihvatljivim zaključiti da je, usprkos tome što je *Simmenthal 2* bio slučaj koji se bavio vertikalnom situacijom, načelo koje proizlazi iz presude primjenjivo i u vertikalnim i u horizontalnim odnosima, u najmanju ruku kada je riječ o primjeni Osnivačkih ugovora. Drugim riječima, jednom kada je pravno pravilo nacionalnog prava suprotno Ugovorima, ono mora biti izuzeto iz primjene, bez obzira radilo se o vertikalnoj ili horizontalnoj situaciji.

Situacija je drugačija u pogledu direktiva. ES je dugo oklijevao priznati horizontalni izravni učinak direktivama, a to pitanje riješeno je 1994. godine kada je ES jasno izrazio shvaćanje da direktive ne mogu imati horizontalne izravne učinke, t.j. ne mogu stvarati subjektivna prava koja nacionalni sudovi moraju štiti u odnosima između fizičkih i pravnih osoba.⁶¹

Međutim, usprkos nevoljkosti da direktivama prizna horizontalni izravni učinak, ES je razvio alternativne doktrine⁶² kako bi zaštitio učinkovitost i jednaku primjenu prava EU u nacionalnim pravnim poretcima. Razvijajući te doktrine, ES je uložio mnogo više interpretativne dosjetljivosti nego što bi bilo potrebno da se opravda sam izravni učinak direktiva.

Tako je, u nastojanju da nadomjesti horizontalni izravni učinak direktiva ES proširio shvaćanje pojma države,⁶³ razvio doktrinu izravnog⁶⁴ i incidentalnog⁶⁵ učinka, priznao odgovornost države za štetu zbog povrede prava EU,⁶⁶ te

⁶⁰ *Walrave and Koch, supra*, bilješka 58, § 28 presude

⁶¹ *Faccini Dori v Recreb, supra*, bilješka 22

⁶² Kako ih je nazvao nezavisni odvjetnik Bot, "palliatives". Vidi Mišljenje n.o. Bota u predmetu 555/07 *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*. (2010) ECR I-0000, §§ 59-63. Ipak, iako je riječ o doktrinama koje su nadomjestile nepriznati horizontalni učinak direktiva, njihov značaj je mnogo širi. Kako inače objasniti primjenu njihovih doktrina i izvan konteksta horizontalnog učinka direktiva. Tako i Tamara Čapeta, SUDOVI EU. NACIONALNI SUDOVI KAO EUROPSKI SUDOVI, IMO, Zagreb 2002, na str. 59

⁶³ Predmet 152/84 *M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)* (1986) ECR 723; Predmet C-188/89 *Foster v British Gas plc* (1990) ECR I-3313

⁶⁴ *Von Colson and Kamman, supra*, bilješka 22

⁶⁵ Predmet C-194/94 *CIA Security International* (1996) ECR I-2201 i predmet C-443/98 *Unilever* (2000) ECR I-7535

⁶⁶ Spojeni predmeti C-6/90 i C-9/90 *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic* (1991) ECR I-5357; spojeni predmeti C-46/93 i C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA*

konačno, priznao prekluzivne učinke općim načelima prava EU.⁶⁷ Neke od tih doktrina izvorno su razvijene u slučajevima koji su se odnosili na neispravnu provedbu direktiva, da bi kasnije bile proširene na druge izvore prava EU.

Bez obzira na gore opisani razvoj, primjena doktrine Simmenthal u horizontalnim situacijama ostala je prijepornom. Dok smo iz presuda u predmetima *Security* i *Unilever* naučili da direktive mogu isključiti primjenu neusklađenog nacionalnog prava i u horizontalnim situacijama, ostala je zabrinutost da takvi prekluzivni učinci mogu štetno utjecati na pravnu sigurnost i legitimna očekivanja stranaka.⁶⁸ Isti problem nedavno je otvorio njemački sud u predmetu *Kücükdeveci* o kojemu će biti riječi nešto kasnije.⁶⁹

4.2. Supstitucijski i prekluzivni učinci prava EU

Nakon što nacionalni sud utvrdi da se nacionalno pravo nikakvim metodama interpretacije ne može interpretirati na način koji bi bio sukladan pravu EU, norma nacionalnog prava mora se izuzeti iz primjene. Pri tome ostaje pitanje koje pravno pravilo valja primjeniti umjesto izuzete nacionalne pravne norme. Kako bi pojasnio ovaj problem ES je počeo razlikovati supstitucijske i prekluzivne učinke prava EU.⁷⁰ Kada je riječ o supstitucijskim učincima, potrebno je da postoji jasna, bezuvjetna i precizna pravna norma prava EU. Takva se norma primjenjuje umjesto nacionalne pravne norme koja se izuzima iz primjene. Prekluzivni učinci također dovode do isključivanja nacionalne pravne norme iz primjene, pa čak i u situacijama kada pravno pravilo prava EU koje ih stvara nije jasno, bezuvjetno i precizno.⁷¹

Primjer prekluzivnog učinka direktiva nalazimo u presudi ES u predmetu *Linster* gdje je Sud potvrdio svoju raniju praksu temeljem koje "... odredbe direktive mogu biti uzete u obzir od strane nacionalnih sudova kako bi prosudili je li nacionalni zakonodavac ostao u granicama diskrecije koje direktiva propisuje."

v Bundesrepublik Deutschland and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others (1996) ECR I-1029; predmet C-224/01 *Gerhard Köbler v Republik Österreich* (2003) ECR I-10239

⁶⁷ Predmet C-267/06 *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* (2007) ECR I-1757; predmet C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, (2005) ECR I-9981; predmet C-427/06 *Birgit Bartsch v Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* (2008) ECR I-7245 ; predmet 555/07 *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG.* (2010) ECR I-0000

⁶⁸ Za raspravu o pravnoj sigurnosti vidi npr. Paul Craig, *The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions*, (2009) 34 EUR. L. REV. 349, 353

⁶⁹ *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG. supra*, bilješka 67. Vidi i Anja Wiesbrock, Case Note – Case C-555/07, *Küçükdeveci v. Swedex*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010, GERMAN LAW JOURNAL, Vol. 11 No. 5 (2010) 539

⁷⁰ Dougan, *supra*, bilješka 57

⁷¹ Vidi predmet C-287/98 *Grand Duchy of Luxemburg v Berthe Linster, Aloyse Linster and Yvonne Linster* (2000) ECR I-6917 § 28 opresude: "Linsterovi smatraju da uzimanje u obzir neprovedene directive ne uključuje nužno ocjenu njenog izravnog učinka. Takav izravni učinak je nužan samo kako bi direktiva imala učinak kojime zamjenjuje postojeću pravnu normu. S druge strane, načelo nadređenosti zahtijeva od nacionalnog suda da izuzme iz primjene nacionalno pravo koje je suprotno pravu Zajednice čak i u slučajevima kada odredba prava Zajednice nema izravni učinak."

⁷² U novijoj presudi u predmetu *Kücükdeveci*, n.o. Bot oslonio se na tu liniju sudske prakse i primjetio da prekluzivni učinak neprovedenih direktiva sprečava primjenu neusklađenih nacionalnih pravnih pravila na konkretni slučaj i bez postojanja jasne, bezuvjetne i precizne norme prava EU. U takvim situacijama spor valja riješiti temeljem nacionalnog prava "... očišćenog od odredaba koje su suprotne direktivi." ⁷³

Timothy Roes ističe da ES nije nikada primjenio odredbe neprovedene direktive kako bi popunio pravne praznine u horizontalnim sporovima. ⁷⁴ N.o. Bot upozorava na opasnosti takvog kursa te se zalaže za primjenu "očišćenog" nacionalnog prava. ⁷⁵ Doista, čini se opravdanim tvrditi da, u odsustvu izravnog učinka, t.j. jasne, bezuvjetne i precizne norme prava EU, pravo EU može imati samo prekluzivne a ne i supstitucijske učinke. U takvim situacijama spor se ima riješiti temeljem nacionalnog prava, intgerpretiranog u skladu s pravom EU.

Opisana obaveza nacionalnog suca da izuzme iz primjene normu nacionalnog prava, čak i u situacijama kada pravno pravilo prava EU ostavlja široku diskreciju nacionalnim vlastima, a da pri tome nije jasno, bezuvjetno i precizno, dokaz je razdvajanja doktrine Simmenthal od doktrine izravnog učinka prava EU.

Još jedan izvor prava EU koji stvara prekluzivne učinke su opća načela prava EU, bez obzira je li riječ o onima koja su izričito navedena Osnivačkim ugovorima (npr. zabrana diskriminacije temeljem državljanstva), ili onima koja su artikulirana u praksi ES (npr. odgovornost države za štetu zbog povrede prava EU). Primjere nalazimo u presudama ES u predmetima *Traghetti del Mediterraneo* ⁷⁶ i *Maruko*. ⁷⁷

U predmetu *Traghetti*, talijansko pravo ograničilo je odgovornost države za štetu zbog povrede prava EU, čime je zahtjeve za naknadu štete temeljem presude *Francovich* ⁷⁸ učinilo nemogućim. Drugim riječima, pravno pitanje bilo je mogu li nacionalna pravila građanskog prava stajati na putu primjene općeg načela prava EU koje samo po sebi nema izravni učinak, a koje propisuje da "... države članice imaju obavezu nadoknaditi gubitak i štetu koje su prouzročile pojedincima zbog povrede prava Zajednice za koju se mogu smatrati odgovornima", što uključuje i povrede prava EU koje su počinili nacionalni sudovi. ⁷⁹ U takvoj situaciji

⁷² *Linster, supra*, bilješka 71, § 38 presude

⁷³ Vidi Mišljenje n.o. Bota u predmetu 555/07 *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG. supra*, bilješka 62

⁷⁴ Timothy Roes, Case C-555/07, *Seda Kucukdeveci v. Swedex GmbH & Co. Kg*, 16 COLUM. J. EUR. L. (2009-2010) 497, 511

⁷⁵ N.o. Bot u predmetu 555/07 *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*. § 89 Mišljenja, *supra*, bilješka 62

⁷⁶ *Traghetti del Mediterraneo SpA v Repubblica italiana, supra*, bilješka 55

⁷⁷ *Tadao Maruko supra*, bilješka 67; vidi i predmet C-372/04 *Watts* (2006) ECR I-4325, § 92, i predmet C-444/05 *Stamatelaki* (2007) ECR I-3185, § 23

⁷⁸ *Francovich, supra*, bilješka 66

⁷⁹ *Francovich, supra*, bilješka 66; predmet C-224/01 *Gerhard Köbler v Republik Österreich*, (2003) ECR I-10239; spojeni predmeti C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame, supra*, bilješka 66; predmet C-302/97 *Konle* (1999) ECR I-3099 § 62 i predmet C-424/97 *Haim* (2000) ECR I-5123, § 27

nacionalni sudac ima obavezu izuzeti iz primjene nacionalno pravno pravilo nakon što provede analizu pretpostavki za naknadu štete, t.j. nakon što utvrdi da je došlo do dovoljno ozbiljne povrede prava EU koja ispunjava pretpostavke koje je ES formulirao u predmetima *Francovich* i *Brasserie/Factortame II*.⁸⁰

Štoviše, nacionalni sudac ima obavezu izuzeti iz primjene nacionalno pravilo koje uređuje područje koje se nalazi izvan regulatornih nadležnosti EU, poput građanskog statusa ili pitanja socijalne sigurnosti. U predmetu *Maruko* ES je odlučio da čak i kada se koriste svojim (isključivim) nadležnostima, države članice moraju poštivati načela prava EU.⁸¹ Sukladno tome, nacionalno zakonodavstvo koje je suprotno načelu jednakosti ne može se primjeniti i obaveza je nacionalnog suda da ga izuzme iz primjene, ukoliko zaključi da je u usporedivim situacijama došlo do nejednakog postupanja.

Predmeti *Maruko* i *Traghetti* slični su utoliko što se oba odnose na obavezu izuzimanja iz primjene norme nacionalnog prava zbog toga što je suprotna nekom od općih načela prava EU koje je, bilo inherentno Ugovorima (*Traghetti*), ili zauzima središnje mjesto među vrijednostima na kojima se EU temelji (*Maruko*). U oba slučaja opće načelo prava stvorilo je prekluzivne učinke, iako samo po sebi nije bilo jasno, bezuvjetno i precizno.

U novije vrijeme ES je integrirao dvije linije svoje prakse koje je prethodno razvio u predmetima koji su se ticali odsustva horizontalnog izravnog učinka direktiva i izravnog učinka općih načela prava EU.

U predmetu *Kücükdeveci*,⁸² koji je pred ES došao kao prethodno pitanje Zemaljskog radnog suda u Düsseldorfu, njemački sud pitao je sprečava li načelo zaštite legitimnih očekivanja izuzimanje iz primjene nacionalnog zakona koji je suprotan pravu EU.⁸³

Kücükdeveci je bio horizontalni slučaj u kojemu se radiolo o radnom sporu između poduzeća Swedex GmbH i njegove zaposlenice, gospođe Sede Kücükdeveci. Glavno pravno pitanje bilo je sprečava li pravo EU primjenu § 622 njemačkog građanskog zakona koji propisuje da se "pri izračunu duljine radnog staža, razdoblja prije napunjene 25. godine života zaposlenika ne uzimaju u obzir. Drugim riječima, pitanje je bilo ima li nacionalni sud, koji odlučuje u horizontalnom odnosu, obavezu izuzeti iz primjene jasnu odredbu nacionalnog građanskog zakona koji se, zbog njegove jasnoće, ne može interpretirati na način

⁸⁰ *Brasserie du Pêcheur and Factortame, supra*, bilješka 66

⁸¹ *Maruko, supra*, bilješka 67, § 55 presude: "... građanski status i pogodnosti koje iz njega izvire su stvari koje su u nadležnosti država članica i pravo Zajednice toj nadležnosti ništa ne oduzima. Ipak, moramo podsjetiti da, kada se koriste svojom nadležnošću, države članice moraju poštivati pravo Zajednice, a posebice, njegove odredbe koje se odnose na načelo zabrane diskriminacije."

⁸² *Kücükdeveci, supra*, bilješka 53

⁸³ Pitanje koje je postavio njemački sud glasilo je: "U sudskom postupku koji se vodi između fizičkih osoba, mora li sud države članice izuzeti iz primjene zakonsku normu koja je nedvojbeno suprotna pravu Zajednice, ili sud mora uzeti u obzir legitimna očekivanja osoba na koje se norma primjenjuje, da će se nacionalni zakoni koji su na snazi primjenjivati, tako da norma nacionalnog prava postaje neprimjenjiva tek nakon što je ES odlučio o spornoj ili o materijalno sličnoj normi?"

sukladan pravu EU, te je stoga nedvojbeno suprotan pravu EU.

Ovime se ponovno otvorilo pitanje primjene doktrine Simmenthal u horizontalnim situacijama. Međutim, iza tog pitanja skrivao se širi problem – kojem pravnom pravilu prava EU je norma nacionalnog prava suprotna? Direktivi 2000/78/EC od 27. studenoga 2000., Povelji Prava EU, Ugovoru o funkcioniranju EU ili nekom od općih načela prava EU?

ES je najprije ponovio svoju dobro utvrđenu doktrinu temeljem koje, u odsustvu izravnog učinka, nacionalni sud mora interpretirati nacionalno pravo u skladu s pravom EU te, ukoliko to nije moguće, ima obavezu izuzeti nacionalnu normu iz primjene.⁸⁴ Ono što presudu čini osobito zanimljivom je činjenica da se ES oslonio na prekluzivne učinke općih načela prava EU, pojasnio da ona isključuju primjenu normi nacionalnog prava koje su im suprotne, te da se doktrina Simmenthal primjenjuje i na takve situacije.⁸⁵ Još zanimljivije, predmet nije odlučan na temelju direktive (iako je direktiva iskorištena kako bi se situacija dovela u doseg prava EU), niti na temelju Povelje Prava EU, već na temelju općeg načela zabrane diskriminacije koje je zahtijevalo izuzimanje iz primjene norme nacionalnog prava.

Presuda u predmetu *Kücükdeveci* pokazuje da prekluzivni učinci prava EU postoje u slučajevima gdje pravno pravilo prava EU nema izravni učinak. ES je proširio načelo obvezujući nacionalne sudove da osiguraju "... pravnu zaštitu koju pojedinci izvode iz prava EU", odnosno, iz prava EU kako ga interpretira ES, što uključuje i opća načela prava EU, ali nije na njih ograničeno.

5. Doktrina Simmenthal i sudska kontrola ustavnosti u državama članicama

Obaveza izuzimanja nacionalnih pravnih pravila suprotnih pravu EU iz primjene osnažila je suce nacionalnih redovnih sudova i istovremeno oslabila nacionalne ustavne sudove. Jedna od žrtava bila je njihova do tada nesporna ovlast, ponegdje i monopol, da nacionalno zakonodavstvo oglašavaju neustavnim stoga što je suprotno međunarodnom, odnosno, pravu EU. Shvaćanje da je nacionalno pravo koje je suprotno međunarodnim obavezama u isto vrijeme neustavno, bilo je prisutno od samog početka u praksi talijanskog ustavnog suda. Ono je ugrađeno i u presude tog suda koje su dovele do odluke ES u predmetu

⁸⁴ *Kücükdeveci*, *supra*, bilješka 53, §§ 51-55 presude

⁸⁵ ES je zaključio da opće načelo zabrane diskriminacije temeljem dobi "kako je izraženo Direktivom Vijeća 2000/78/EC od 27. studenoga 2000.", isključuje sporno pravilo (nacionalnog prava op. S.R.) iz primjene

Simmenthal 2.⁸⁶ Slično tome, Ustavni sud RH smatra da je zakon koji je suprotan međunarodnom ugovoru istovremeno suprotan Čl. 3 Ustava RH.⁸⁷

Presudom u predmetu *Simmenthal 2* ES je iz temelja uzdrmao nacionalne sustave sudbenog nadzora ustavnosti, stvorivši sustav decentralizirane kontrole ustavnosti.

5.1. Decentralizirani sustav kontrole ustavnosti

Uvođenje decentraliziranog sustava kontrole ustavnosti zakona jedna je od posljedica presude ES u predmetu *Simmenthal 2*.⁸⁸ Nove ovlasti nacionalnih sudaca zadiru u do tada zaštićeni djelokrug nacionalnih ustavnih sudova koji, u mnogim europskim državama imaju monopol odlučivanja o pitanjima ustavnosti i o ukidanju ili poništavanju neustavnih zakona. U biti, *Simmenthal 2* dovodi europske suce bliže njihovoj američkoj braći koja, primjenjujući doktrinu sudbenog nadzora, provjerava sukladnost zakona s ustavom i pri tome "... nužno mora, pronalaziti i interpretirati pravo." Sukladno tome, ukoliko su dva zakona u međusobnom sukobu, pri čemu se Ustav smatra zakonom, sudovi moraju odlučiti o primjeni svakoga od njih.⁸⁹

Logika *Marburyja* i *Simmenthala 2* je začuđujuće slična. Suočen s dva pravna pravila različitog ranga, koja su oba primjenjiva na slučaj, sudac mora izabrati koje od njih primjeniti, a taj izbor predstavlja samu bit sudačke funkcije.⁹⁰ Sučev izbor ne zadire u egzistenciju pravne norme. Ona se izuzima iz primjene u konkretnom slučaju.

Ipak, između europske i američke situacije postoje značajne razlike. Kao prvo, veći broj država članica EU prihvatilo je Kelsenov model kontrole ustavnosti i osnovalo jake ustavne sudove kojima je dodjeljen monopol apstraktne kontrole ustavnosti i koji imaju konačnu riječ u konkretnoj i akcesornoj kontroli ustavnosti. Drugo, dok su u Sjedinjenim Državama pitanja običnog i ustavnog prava često nerazdvojna i o njima odlučuju sudovi svih razina, Osnivački ugovori

⁸⁶ U konkretnom slučaju Corte Costituzionale je zaključio da je nacionalna norma suprotna Čl. 11 Ustava Republike Italije koji glasi: "Italija odbacuje rat kao instrument koji krši slobodu naroda i kao sredstvo za rješavanje međunarodnih sporova; ona pristaje na ograničenja suverenosti koja su nužna da bi se omogućio sustav mira i pravde među narodima, uz uvjet reciprociteta; ona promiče o potiče međunarodne organizacije koje idu za ostvranjem tih ciljeva."

⁸⁷ Rješenje br. U-I-920/95 i U-I-950/96 od 11. ožujka 1998. O tome više vidi u S. Rodin, *Ustavni sud i članstvo Republike Hrvatske u Europskoj uniji*, LIBER AMICORUM IN HONOREM JADRANKO CRNIĆ, Novi informator, Zagreb 2009., str. 317-346

⁸⁸ Vidi npr. Peter A. Schroth, *Marbury and Simmenthal: Reflections on the Adoption of Decentralized Judicial Review by the Court of Justice of the European Community*, 12 LOY. L. A. L. REV. 869 1978-1979

⁸⁹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 str. 178

⁹⁰ *Id.* "... if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty."

uspostavili su dvostruki kolosjek gdje je ES nadležan za interpretaciju prava EU, a nacionalni sudovi za interpretaciju nacionalnog prava. Sukladno tome, nacionalni ustavni sudovi zadržavaju konačnu riječ u interpretaciji nacionalnog ustavnog prava.

Opisani sustav dvostrukog kolosjeka pridonijeo je nastanku sudskog dijaloga i fenomenu koji se u literaturi naziva ustavnim pluralizmom.⁹¹ Nije pretjerano reći da je sam nastanak doktrine Simmenthal bio potaknut postojanjem dva kolosjeka sudbenog nadzora, te u okvirima tog konteksta, iznimnom neučinkovitošću talijanskog sustava ustavnog nadzora, gdje je trebalo proći kroz sedam nužnih koraka prije nego što bi pravno pravilo prava EU moglo biti primjenjeno umjesto pravnog pravila nacionalnog prava.⁹² Utoliko nije iznenađujuće da je ES, kada je osmislio decentralizirani sustav kontrole ustavnosti bio motiviran brigom za učinkovitu primjenu prava EU.⁹³

Dva kolosjeka sudbenog nadzora, naravno, nisu međusobno izolirani. U stvari, sudski dijalog koji se razvio između ES i nacionalnih sudova je refleksivan. Ta reflektivnost odražava se kroz činjenicu da su nacionalni i nadnacionalni ustavni akteri ne samo neovisni subjekti svjesni svojih ovlasti, već da oni svoje aktivnosti usmjeravaju prema drugim akterima, nastojeći utjecati na njih i ograničiti polje njihovih aktivnosti. Ovdje ne govorimo o pukom sudjelovanju u procesima integracije, već o nacionalnim akterima, prvenstveno sudovima, koji uzimaju aktivnu ulogu u njegovom stvaranju. Drugim riječima, njihove aktivnosti nisu više orjentirane prema unutra, već se upućuju drugim sudionicima u procesu.

Refleksivnost sudskih aktivnosti visokih nacionalnih sudova nije ograničena na materijalnopravne aspekte. Ona je i formalna i demonstrativna. Te aktivnosti nisu upućene uskom profesionalnom nacionalnom auditoriju, pa čak nisu ograničene niti na širu nacionalnu publiku. One se upućuju *urbi et orbi*,⁹⁴ s namjerom da snagom argumenata sudjeluju u širem dijalogu.

U opisanom svjetlu posve je razumljivo zbog čega su države članice koje imaju ustavne sudove bolje opremljene za sudjelovanje u oblikovanju prava EU. Budući da su ultimativni zaštitnici svojih nacionalnih ustavnih poredaka, ustavni sudovi kontroliraju jedan od dva kolosjeka europskog sudbenog nadzora. Ne manje važno, nacionalni ustavni sudovi imaju i autoritet i glas koji mogu utjecati na oblikovanje europskog pravnog krajobraza.

Ključni izazov koji određuje napetost između nacionalnih ustavnih sudova i ES je slijedeći. Ukoliko je pitanje sukladnosti nacionalnog prava s pravom EU stvar nacionalnog ustavnog prava, tako kako je zaključio talijanski Corte

⁹¹ Vidi npr. Neil MacCormick, *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now* (1995) 1 EUR. L. JOURNAL 259; Neil MacCormick *QUESTIONING SOVEREIGNTY, LAW, STATE AND NATION IN THE EUROPEAN COMMONWEALTH*, Oxford University Press, 1999; Neil Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, 65 MODERN L. REV. 3 (2002) 317; *Four Visions of Constitutional Pluralism*, EUI Working Paper LAW 2008/21

⁹² Vidi Schroth, *supra*, bilješka 88 na str. 887.

⁹³ Vidi npr. §§ 18-22 presude

⁹⁴ Primjerice, nedavne presude Saveznog ustavnog suda SR Njemačke i Češkog ustavnog suda o ustavnosti ratifikacije Ugovora iz Lisabona istovremeno su objavljene na lokalnom i engleskom jeziku

Costituzionale interpretirajući Čl. 11 Ustava Italije, tada o stvari ima odlučivati ustavni sud. U takvom slučaju pitanje sukoba nacionalnog prava s pravom EU nastaje tek ukoliko neka suprotnost nije prethodno utvrđena i eliminirana od strane ustavnog suda, te kada nacionalni redovni sud mora primjeniti neku nacionalnu pravnu normu koja, usporikos tome što je oglašena ustavnom od strane ustavnog suda, još uvijek krši neku normu prava EU. Ukoliko pak, isto pravno pitanje razumijemo kao pitanje primjene prava EU pred nacionalnim sudom, tada je na sucu tog suda da primjeni pravo EU izravno, uzimajući sve aspekte nadređenosti u obzir. U tom pogledu ES je jasan. Takve situacije nedvosmisleno predstavljaju primjenu prava EU i na nacionalnom je sucu da izuzme iz primjene sve suprotne mu odredbe nacionalnog prava, ma i one ustavnoga ranga.⁹⁵ Štoviše, ne postoji valjani razlog zbog čega razlozi koje je ES istaknuo u predmetu *Variola*, ne bi bili primjenjivi i na ustavne norme. Podsjetimo, u tom je predmetu ES zauzeo shvaćanje da države članice ne smiju utjecati na nadležnost ES, bilo kakvim nacionalnim mjerama.⁹⁶ Shvaćanje koje daje prednost ustavnosudskoj nadležnosti pred nadležnošću ES, upravo je takva mjera.

Zbog toga, reći da je povreda prava EU istovremeno i povreda nacionalnog ustava, može navesti nacionalni sud da zaključi da rješavanje ustavnog pitanja ima prednost pred primjenom prava EU, što bi bilo suprotno onome što je ES rekao u predmetu *Variola*.

5.2. Ustavni izazov

Uvođenje decentraliziranog sudbenog nadzora ustavnosti stvorilo je poticaj za nacionalne ustavne sudove da pokušaju učvrstiti svoj monopol na odlučivanje u stvarima koje, prema njihovom shvaćanju, ulaze u doseg nacionalnog ustavnog prava.

U tom kontekstu, jedan od neriješenih problema koji je prisutan od samih početaka doktrine Simmenthal, ostaje pitanje može li se doktrina primjenjivati na nacionalno ustavno pravo na isti način na koji se ona primjenjuje na obično nacionalno pravo. Na potrebu takvog razlikovanja ukazivao je već i *Corte Costituzionale*, ističući vlastiti monopol na rješavanje ustavnih pitanja. Isti problem počiva iza drugog pitanja njemačkog Zemaljskog radnog suda u predmetu *Kückdeveci*. To pitanje, na prvi pogled, odnosi se na dilemu mora li nacionalni sud izuzeti iz primjene nacionalnu pravnu normu ili zatražiti od ES da je prethodno interpretira. Međutim, iza tog pitanja skriva se drugi problem koji je već odavno riješen u predmetu *Simmenthal 2*. Riječ je o pitanju ima li

⁹⁵ Vidi npr. predmet C-348/89 *Mecanarte - Metalúrgica da Lagoa Lda and Chefe do Serviço de Conferência Final da Alfândega (Head of the Customs Final Verification Department)*, *Oporto* (1991) I-03277, § 46 presude

⁹⁶ *Variola, supra*, bilješka 31, § 11 presude, "... države članice imaju obavezu ne uvoditi ikakve mjere koje bi mogle utjecati na nadležnost Suda da odlučuje o bilo kojem pitanju koje uključuje interpretaciju prava Zajednice ili pitanje valjanosti akta institucija Zajednice, što znači, da nije dopušten nikakav postupak u kojemu bi se narav pravne norme kao prava Zajednice sakrilo od onih na koje se primjenjuje."

nacionalni ustavni sud monopol oglašavanja nacionalnih zakona neustavnima. Taj aspekt slučaja vidljiv je u § 54 presude gdje je ES pojasnio da:

"... mogućnost koju nacionalnom sudu daje drugi paragraf Čl. 267, da postavi Sudu prethodno pitanje prije nego što izuzme iz primjene normu nacionalnog prava koja je suprotna pravu EU, ne smije se pretvoriti u obavezu iz razloga što nacionalno pravo ne dopušta sudu da izuzme iz primjene odredbu za koju smatra da je suprotna ustavu, osim ako tu odredbu prethodno nije oglasio neustavnom ustavni sud."⁹⁷

Drugim riječima, prethodno razrješenje nacionalnog ustavnog spora na način propisan nacionalnim pravom, ne smije utjecati na slobodu izbora nacionalnog redovnog suda pri izboru hoće li izuzeti iz primjene nacionalnu normu suprotnu pravu EU ili uputiti prethodno pitanje ES temeljem Čl. 267 UFEU.

Slični problemi određivanja prioriteta nedavno su se pojavili u Francuskoj koja je, do nedavno, bila jedna od rijetkih europskih država koja nije prihvaćala Kelsenov model ustavnosudske kontrole ustavnosti.

U okviru ustavnog sustava Pete republike Ustavno vijeće do nedavno je imalo tek ovlast prethodne kontrole ustavnosti. To se promijenilo 1. ožujka 2010. godine kada je velikom ustavnim reformom⁹⁸ Ustavnom vijeću dodjeljena ovlast naknadne konkretne kontrole ustavnosti na zahtjev redovnog suda. Time se francuski sustav približio Kelsenovom modelu.⁹⁹

Nakon 1. ožujka 2010. godine sustav kontrole ustavnosti u Francuskoj izgleda ovako. Temeljem Čl. 23-1 Institucionalnog zakona No 2009-1523 koji provodi Čl. 61-1 Ustava, nacionalni sud koji odlučuje u redovnoj stvari, kada se suoči s pitanjem sukladnosti nacionalnog prava s međunarodnim obavezama koje je Francuska preuzela, mora uputiti predmet Kasacionom sudu ili Državnom vijeću, ovisno o prirodi slučaja. Nakon inicijalne prosudbe, Kasacioni sud ili Državno vijeće mogu pokrenuti "prioritetno prethodno pitanje" Ustavnom vijeću, koje će odlučiti o sukladnosti osporavanog zakona s Ustavom.

Novo francusko zakonodavstvo, na prvi pogled, može dovesti do dvije posljedice, obje suspektne iz perspektive prava EU. Prvo, ukoliko Ustavno vijeće oglasi zakon neustavnim stoga što je suprotan pravu EU, ovlast redovnog suda da izuzme iz primjene pravnu normu nacionalnog prava koja je suprotna pravu EU postaje bespredmetno. Drugo, na prvi pogled, čini se kako zakon upućuje redovne sudove da ne upućuju prethodna pitanje ES prije nego što Ustavno vijeće donese odluku o ustavnosti.

Ustavno vijeće odbacilo je takvu interpretaciju odlukom od 12. svibnja 2010.

⁹⁷ *Küçükdeveci, supra*, bilješka 53, § 54 presude

⁹⁸ Reforma je obuhvatila izmjene Čl. 61-1 Ustava temeljem Ustavnog zakona No 2008-724 of 23 July 23 2008. Nakon ustavnog amandmana prihvaćen je i Institucionalni zakon No 2009-1523 za provedbu Čl. 61-1 Ustava

⁹⁹ Vidi Federico Fabbrini, *Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation*, GERMAN LAW JOURNAL, Vol. 09 No. 10 (2008) 1297

godine ¹⁰⁰u postupku prioritarnog prethodnog pitanja koje mu je uputio Kasacioni sud. Ustavno vijeće je pojasnilo da obaveze temeljem prava EU imaju prednost pred nacionalnim pravom, čak i u slučaju kada je nacionalno pravo prethodno objavljeno u skladu s ustavom. ¹⁰¹ Ustavno vijeće je pojasnilo da,

"[n]iti Čl. 61-1 Ustava, niti Čl. 23-1 i dalje, gore spomenute Uredbe od 7. studenoga 1958., ne sprečavaju suca koji odlučuje u sporu u kojemu se odlučuje o argumentu nesukladnosti s pravom EU, da učini sve što je nužno kako bi spriječio primjenu u tom slučaju, zakonskih odredbi koje otežavaju punu učinkovitost pravnih pravila i standarda Europske unije."¹⁰²

O istom pravnom problemu, presudom od 22. lipnja 2010. u spojenim slučajevima *Aziz Melki and Sélim Abdeli* ¹⁰³ imao se priliku (i to u Velikom vijeću) očitovati i ES. Predmet je kao prethodno pitanje temeljem Čl. 267 UFEU Sudu uputio Kasacioni sud, tražeći odgovor na pitanje sprečava li Čl. 267 UFEU primjenu nacionalnog prava poput Francuskog, koje zahtijeva od suca redovnog suda da zatraži ocjenu ustavnosti norme nacionalnog prava pred nacionalnim ustavnim sudom zbog toga što je ta norma, moguće, suprotna pravu EU. ¹⁰⁴

Odgovor Europskog suda je jasan i očekivan, te se temelji na ranijoj sudskoj praksi. ES je poduzeo veliki napor da u detalje objasni koje uvjete nacionalno zakonodavstvo koje uređuje interlokutorni nadzor ustavnosti mora zadovoljiti kako bi bilo u skladu s pravom EU. Kako ES pojašnjava u § 57 presude, Čl. 267 UFEU isključuje nacionalno pravo koje uređuje interlokutorni nadzor ustavnosti ukoliko propisuje postupak temeljem kojega sprečava "... sve ostale nacionalne sudove ili sudišta da se koriste svojim pravom, odnosno, da ispune svoju obavezu, da upute prethodno pitanje Sudu EU."

U svakom slučaju sudac nacionalnog redovnog suda mora imati mogućnost:

- "... uputiti ES prethodno pitanje, u bilo kojem stadiju postupka, kada to smatra prikladnim, čak i nakon dovršetka interlokutornog postupka za ocjenu ustavnosti, o bilo kojem pravnom pitanju koje smatra nužnim,
- prihvatiti bilo koju mjeru koja je nužna da bi se osigurala privremena sudska zaštita prava koja nastaju temeljem pravnog poretka Europske unije, i
- izuzeti iz primjene, na kraju takvog interlokutornog postupka, nacionalnu zakonsku mjeru o kojoj je riječ, ukoliko smatra da je

¹⁰⁰ Odluka n° 2010-605 DC od 12. svibnja 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-605-dc/version-en-anglais.48805.html>

¹⁰¹ *Id.*, § 13 Odluke

¹⁰² *Id.*, § 14 Odluke

¹⁰³ Spojeni predmeti C-188/10 and C-189/10 *Aziz Melki and Sélim Abdeli*, još neobjavljeno u ECR

¹⁰⁴ Slično pitanje Sudu EU već je uputio belgijski Tribunal de première instance de Liège, u predmetu C-457/09 *Chartry* o čemu ES još nije donio presudu

suprotna pravu EU." ¹⁰⁵

Dodatno, ukoliko se nacionalna norma osporava pred nacionalnim ustavnim sudom iz istih razloga temeljem kojih bi se mogla osporavati valjanost direktive koju nacionalno pravo provodi, načelo formulirano u presudi *Foto Frost* ¹⁰⁶ temeljem kojega ES ima monopol oglašiti sekundarno pravo EU nevaljanim, ima prednost ¹⁰⁷ pred nacionalnim mehanizmom interlokutorne kontrole ustavnosti.

Presuda u predmetu *Melki and Abdeli* dodala je važnu bilješku doktrini Simmenthal. Nakon što je u bitnome potvrdio svoje pravno shvaćanje zauzeto u presudi *Factortame I*, ¹⁰⁸ temeljem kojega privremene mjere za zaštitu subjektivnih prava koja se temelje na pravu EU ne smiju biti frustrirane nacionalnim ustavnim zahtjevima, ES je, čini se, prihvatio važan ustupak nacionalnom ustavnom pravu. Dok *Simmenthal 2* zahtijeva od nacionalnog suca da izuzme iz primjene nacionalno pravo suprotno pravu EU, ma u kojem se pravnom obliku to pravo nalazilo, što uključuje i nacionalno ustavno pravo, u *Melki and Abdeli* ES je pojasnio da obaveza izuzimanja iz primjene slijedi tek nakon što je nacionalni ustavni sud odlučio o pitanju ustavnosti, osim ukoliko pitanje ustavnosti nije identično pitanju valjanosti pravnog pravila prava EU koje osporavani zakon prenosi u nacionalno pravo. U međuvremenu nacionalni sud ima obavezu pružiti privremenu zaštitu subjektivnom pravu koje se temelji na pravu EU, ali bez obaveze izuzimanja nacionalne norme iz primjene. Pri tome je važno da, nakon što nacionalni ustavni sud donese odluku o ustavnosti, sudac redovnog suda koji odlučuje u glavnoj stvari i dalje ima obavezu izuzeti nacionalnu normu iz primjene, čak i nakon što je ona oglašena ustavnom, ukoliko je ona suprotna pravu EU.

6. Zaključak

Obaveza nacionalnih sudova da izuzmu iz primjene svaku odredbu nacionalnog prava koja je suprotna pravu EU, bez obzira je li donesena prije ili nakon pravne norme prava EU, ¹⁰⁹ nakon više od trideset godina i nadalje postoji. Ipak, izvorna doktrina prošla je značajnu evoluciju koja je uslijedila djelomično kao rezultat napora ES da očuva jednaku primjenu i ojača učinkovitost prava EU, a djelomično kao odgovor ES na nacionalnu praksu koja je osporavala nadređenost prava EU nacionalnom ustavnom pravu i vrijednostima. Transformaciju izvorne doktrine možemo pratiti kroz tri evolucijske linije: evoluciju doktrine posrednog

¹⁰⁵ *Melki and Abdeli, supra*, bilješka 103 § 57 presude

¹⁰⁶ *Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost, supra*, bilješka 29

¹⁰⁷ *Melki and Abdeli, supra*, bilješka 103, § 56 presude: "U slučaju nacionalnog provedbenog zakona s takvim sadržajem, pitanje je li direktiva valjana ima prednost, u svjetlu obaveze da se ta direktiva prenese u nacionalno pravo. Dodatno, propisivanje strogog roka za ocjenu pred nacionalnim sudovima ne može spriječiti upućivanje prethodnog pitanja o valjanosti directive o kojoj je riječ."

¹⁰⁸ Predmet C- 213/89 *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others* (1990) ECR I-2433 (*Factortame I*). ES je zauzeo shvaćanje da common law pravilo ustavne naravi, temeljem kojega se privremene mjere ne mogu izricati protiv Krune, ne smije sprečavati primjenu prava EU.

¹⁰⁹ *Simmenthal, supra*, bilješka 13, § 21 presude

učinka, prihvaćanje doktrine margine prosudbe, te kroz širenje prekluzivnih učinaka prava EU. U isto vrijeme, nacionalna reakcija na opisani razvoj obilježena je dualističkim pristupom nacionalnih ustavnih sudova te njihovom ustrajnošću da zaštite nacionalne sustave kontrole ustavnosti.

(1) Obaveza interpretacije nacionalnog prava u skladu s pravom EU jača učinkovitost prava EU ali, istovremeno, pretvara obavezu izuzimanja nacionalne norme iz primjene supsidijarnom obavezom koja nastupa tek ukoliko pravu EU prijateljska interpretacija nije moguća. Na taj je način obaveza izuzimanja iz primjene sužena, dok je ojačana odgovornost nacionalnih sudova za primjenu prava EU.

(2) S druge strane, države članice pokušale su osporiti obavezu izuzimanja iz primjene na nekoliko načina.

Dok se 1964. godine činilo jasnim da u očima ES nadređenost prava EU nacionalnom pravu podrazumijeva i nadređenost nacionalnom ustavnom pravu, to shvaćanje naišlo je na nacionalni otpor. Odgovor na otpor država članica bilo je uvođenje margine prosudbe, što je dodatno smanjilo prostor u kojemu postoji obaveza izuzimanja nacionalnog prava iz primjene. Posljedično, ta obaveza postoji samo u situacijama u kojima određene važne nacionalne ustavne vrednote, primjerice, pravo na život ili ljudsko dostojanstvo, nisu ugrožene, te u situacijama kada se nacionalno pravo ne može interpretirati u skladu s pravom EU.

Marginu prosudbe nalazimo u tri oblika. Prvo, **ad hoc** marginu prosudbe kontrolira Europski sud te, ovisno o njegovoj prosudbi, njena širina varira od slučaja do slučaja. Pri tome, inicijalnu prosudbu čine nacionalni sudovi. Margina prosudbe ograničava doktrinu Simmenthal na dva načina. Kao prvo, kada pravna norma nacionalnog prava uspješno ostvaruje "pravičnu ravnotežu" između različitih temeljnih prava koja postoje u pravnom poretku EU ¹¹⁰ te, kao drugo, čak i kada to nije slučaj, kada važnost nacionalne ustavne vrednote opravdava odstupanje od norme prava EU.

Drugo, **implicitna** margina prosudbe obuhvaća situacije gdje, umjesto da prizna izričitu marginu prosudbe, ES zaključi da određene situacije nisu u dosegu prava EU, te da je primjenjivo nacionalno pravo pri čemu pitanje njegovog izuzeća iz primjene uopće ne nastaje.

Konačno, primjer **ugovorne** margine prosudbe nalazimo u Irskom protokolu Ugovora iz Maastrichta. Kada se razumije u širokom smislu, ona obuhvaća i iznimke od primjene prava EU koje su ugrađene u Ugovor iz Lisabona i njegove protokole. U takvim situacijama jasno je da obaveza izuzimanja iz primjene ne postoji.

(3) Dok su doktrine posrednog učinka i margine prosudbe smanjile potrebu za izuzimanjem nacionalnog prava iz primjene, ES je značajno proširio područje primjene te obaveze. U predmetu *Simmenthal 2* radilo se o obavezi države članice temeljem Uredbe Vijeća. Bez obzira na to, načelo koje iz presude proizlazi primjenjivo je na sve kategorije prava EU – direktive, Osnivačke ugovore i opća

¹¹⁰ Vidi npr. predmet C-275/06 *Productores de Música de España (Promusicae)* v *Telefónica de España SAU* (2008) ECR I-271, § 68 presude

načela prava EU, kako u vertikalnim, tako i (uz iznimku direktiva) u horizontalnim situacijama. Štoviše, obaveza izuzimanja iz primjene postoji bez obzira je li norma prava EU jasna, bezuvjetna i precizna, te bez obzira pripada li sporna nacionalna mjera u isključive regulatorne nadležnosti država članica. U biti, širina učinaka prava EU ovisi o općenitosti samog pravila. Što je pravno pravilo općenitije – to je širi njegov doseg. Tako je u *Kücükdeveci* ES općim načelima prava EU pripisao značaj ustavne norme koja prožima čitav pravni poredak EU, uključujući i pravne poretke država članica.¹¹¹

Presuda u predmetu *Kücükdeveci* važna je iz još jednog razloga. Priznajući općim načelima prava EU prekluzivne učinke te, prihvaćajući, u osnovi, njemačku teoriju "zračenja", ES je dao prednost jednakoj primjeni prava pred nacionalnim shvaćanjem pravne sigurnosti.¹¹² Alternativni pristup potražio bi rješenje u primjeni načela ekvivalencije i učinkovitosti, temeljem kojih se zaštita subjektivnih prava koja se temelje na pravnom poretku EU može razlikovati od jedne države članice do druge, tako dugo dok je osigurana pravna zaštita koja je ekvivalentna pravnoj zaštiti subjektivnih prava koja se temelje na nacionalnom pravu, te tako dugo dok nacionalna pravna zaštita ne čini zaštitu europskih subjektivnih prava gotovo nemogućom ili pretjerano teškom.¹¹³

(4) Reakcija država članica na gore izloženu praksu ES krenula je u dualističkom smjeru, oslanjajući se na definiciju zadaće ES temeljem Čl. 19 UFEU, prema kojoj Sud ima zadaću da "... u interpretaciji i primjeni Ugovora osigura poštivanje prava." Rečeni dualizam temelji se na shvaćanju da su nacionalni sudovi nadležni za interpretaciju nacionalnog prava, te da ne mogu sami odlučivati o valjanosti prava EU, dok je ES ograničen interpretacijom prava EU i nema ništa za reći o valjanosti nacionalnog prava. Polazeći od te pretpostavke, jedini način kako nacionalni sudovi mogu osporiti pravo EU temeljem nacionalnog ustava je da oglase nacionalni propis koji provodi neku od europskih obaveza neustavnim. Ova je metoda, međutim, podložna dodatnim ograničenjima. Oglašavanje nacionalne mjere neustavnom smije uslijediti tek nakon što sud utvrdi da interpretacija koja može pomiriti nacionalni ustav i pravo EU nije moguća, te samo tako dugo dok to ne predstavlja povredu obaveze *bona fide* ispunjavanja međunarodnih obaveza.

(5) Nacionalni sustavi ocjene ustavnosti zakona postavljaju posebni izazov za doktrinu Simmenthal, posebice kada je riječ o nacionalnim procesnim pravilima koja uređuju interlokutornu kontrolu ustavnosti. Nacionalni ustavni sudovi pokušavaju očuvati monopol kontrole ustavnosti zakona i na taj način sužavaju ovlasti redovnih sudova kako ih je definirao ES. Pri tome je moguće uočiti tri

¹¹¹ Shvaćanje prema kojemu temeljna prava zrače kroz čitav pravni poredak izraženo je od Saveznog ustavnog suda SR Njemačke u predmetu *Lüth*, BVerfGE 7, 198. Vidi npr. Bomhoff, Jacco, *Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing*, GERMAN LAW JOURNAL Vol. 09 No. 2 (2008)

¹¹² Kako ispravno primjećuje n.o. Kokott, drugo navedeni pristup ne pridonosi jednakoj primjeni prava EU i stavlja veći naglasak na nacionalno pozitivno pravo i tradicionalno razumijevanje pravne sigurnosti. Juliane Kokott, *The Basic Law at 60 – From 1949 to 2009: The Basic Law and Supranational Integration*, GERMAN LAW JOURNAL, Vol. 11 No. 1 (2010) 99, 112

¹¹³ Spojeni predmeti 66, 127 i 128/79, *Amministrazione delle Finanze v Srl Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli and Fratelli Ultrocchi* (1980) ECR 1237, § 20 presude

različite situacije koje se javljaju u kontekstu obaveze redovnih sudova da izuzimaju nacionalno pravo iz primjene.

Kao prvo, u situacijama koje su izvan dosega prava EU primjenjuju se, bez ograničenja, nacionalne odredbe o kontroli ustavnosti;

Drugo, u situacijama koje su u dosegu prava EU postoje dva kolosjeka sudbenog nadzora: kontrola ustavnosti pred nacionalnim ustavnim sudom i interpretacija prava EU pred Sudom EU. U takvim situacijama pravo, odnosno, obaveza nacionalnih redovnih sudova da postavljaju prethodna pitanja nije ograničena interlokutornom kontrolom ustavnosti. Oni zadržavaju pravo da u bilo kojem stadiju postupka postave prethodno pitanje Sudu EU, te imaju obavezu pružiti privremenu sudsku zaštitu subjektivnim pravima koja se temelje na pravu EU. Što se tiče obaveze izuzimanja iz primjene nacionalnog prava suprotnog pravu EU, minimalni uvjet koji mora biti zadovoljen je da nacionalni sudac to može učiniti, u najmanju ruku nakon što je interlokutorna ocjena ustavnosti dovršena.

Treće, kada su pitanja valjanosti neke norme sekundarnog europskog prava i pitanje ustavnosti nacionalnog prava koje tu europsku normu provodi u nacionalno zakonodavstvo identična, potrebno je razlikovati dvije situacije. Ukoliko je riječ o valjanosti norme prava EU, načelo formulirano u presudi *Foto Frost* zahtijeva da prethodno pitanje valjanosti ima prednost pred interlokutornom ocjenom ustavnosti. Iako Europski sud o tome za sada ništa ne govori, također slijedi da jednom kada je norma prava EU oglašena valjanom, osporavana nacionalna norma koja je provodi ne može biti oglašena neustavnom iz istih razloga, pod krinkom kontrole ustavnosti.

Ukoliko, s druge strane, postoji potreba za interpretacijom prava EU, dopuštena je paralelna interlokutorna kontrola ustavnosti nacionalne provedbene mjere. Nacionalna procesna pravila koja uređuju takvu kontrolu ustavnosti mogu spriječiti suca redovnog suda da izuzme iz primjene normu nacionalnog prava zbog suprotnosti s pravom EU, ali mu moraju dopustiti donošenje privremenih mjera za zaštitu spornog subjektivnog prava koje se na pravu EU temelji.

Iz svega što je rečeno čini se da je Europski sud u *Melki and Abdeli* dodatno suzio područje primjene obaveze izuzimanja nacionalne norme iz primjene, dopuštajući, suprotno onome što je rečeno u presudi *Simmenthal 2*,¹¹⁴ nacionalnim ustavnim sudovima da provode interlokutornu kontrolu ustavnosti. Sukladno tome, nova formula mogla bi glasiti: "... i nije nužno da sud zatraži ili čeka prethodno stavljanje izvan snage takve odredbe od strane zakonodavca ili na drugi ustavom predviđen način, osim ukoliko to ne zahtijevaju odredbe nacionalnog prava koje uređuju interlokutornu kontrolu ustavnosti, tako dugo dok sudac koji odlučuje u glavnoj stvari može pružiti privremenu pravnu zaštitu subjektivnim pravima koja se temelje na pravu EU."

Nisam uvjeren da će nova formula poboljšati učinkovitost prava EU, što je bio glavni motiv Europskog suda u predmetu *Simmenthal 2*. Potpuno je moguće, ukoliko ne i vjerojatno, da će interlokutorna ocjena ustavnosti postati nova bojišnica europskog sudskog dijaloga, te da će motivirati i druge države članice na moguće izmjene svojih ustavnih modela u tom pravcu. Ne zaboravimo da je

¹¹⁴ *Simmenthal, supra*, bilješka 13, § 24 presude

Ugovor iz Lisabona izmjenio Čl. 10 UEZ, transformirajući obavezu lojalne suradnje koja je postojala samo za države članice u obavezu iskrene suradnje temeljem Čl. 4(3) UFEU. Ta je odredba dvostrane naravi i propisuje obaveze i za države članice i za Uniju, uključujući i za Europski sud. Nova podjela rada između Europskog suda i nacionalnih ustavnih sudova dobro pristaje u tu sliku, štiteći jednaku primjenu prava EU, moguće na račun njegove učinkovite primjene.

Na kraju, vraćajući se na temu ustavnih promjena u Hrvatskoj, posebice Čl. 145 Ustava RH, potpuno je jasno da opisana evolucija duboko utječe na hrvatski model ocjene ustavnosti zakona te da će Ustavni sud, u najmanju ruku morati odstupiti od svoje ranije prakse prema kojoj je povreda međunarodnih obaveza istovremeno i povreda Čl. 3 Ustava RH. Također je razvidno da su nedavno prihvaćeni ustavni amandmani otvorili hrvatski pravni poredak za primjenu prava EU prihvaćajući osnovne odrednice tog pravnog poretka, ali bez pobližeg definiranja njegovog sadržaja koji je određen u praksi Europskog suda.