

GIAN ANTONIO BENACCHIO

EVROPSKO PRAVO, NACIONALNO PRAVO I PRAVNA (NE)SIGURNOST

Jedna od osnovnih vrednosti svakog pravnog poretka je pravna sigurnost, čija konsolidacija u zakonicima predstavlja njen najviši izraz. Ovu vrednost je, međutim, u današnje vreme u velikoj meri, ali nenamerno, dovela u pitanje Evropska unija, posebno putem niza mehanizama čiji je cilj da obezbede standardizaciju prava u Državama članicama. Princip nadređenosti evropskih propisa nacionalnim propisima, princip neprimene nacionalnih prava koja nisu kompatibilna s evropskim pravom (uključujući i pravo sadržano u direktivama koje još uvek nisu sprovedene ili koje su pogrešno sprovedene), princip usklađene interpretacije nacionalnog prava u odnosu na evropsko pravo, a posebno obavezujuća i obavezna snaga presuda Suda pravde, čak i kada ove presude nude "originalnu" interpretaciju, koja nije izričito predviđena u evropskom zakonodavstvu, predstavljaju konsolidovane principe koji su se afirmisali i na nivou nacionalnih sudova. Sve ovo je dovelo do radikalne promene sistema izvora prava i njihove hijerarhije u svim pravnim porecima Država članica, čija su žrtva građanin i preduzetnik, a naročito pravnik i sudija koji moraju da se snalaze i neprekidno tragaju za korektnim zakonom koji treba primeniti na konkretni slučaj.

Ključne reči: pravna sigurnost, Evropska unija, nadređenost, Sud pravde, neprimena nacionalnog prava

Prof. dr Gian Antonio Benacchio, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Trentu, Italija, e-mail: g.benacchio@unitn.it.

PREDGOVOR

U Francuskoj je 1. oktobra 2016. godine stupila na snagu temeljna i opsežna reforma Napoleonovog građanskog zakonika, koja predstavlja najznačajniju reformu izvršenu u poslednja dva veka,¹ podstaknutu, između ostalog, potrebom da se ovaj Građanski zakonik prilagodi novim zahtevima Evropske zajednice.

Pre nekoliko godina, Nemačka² je u značajnoj meri revidirala svoj Građanski zakonik (BGB) iz 1900. godine u cilju njegove “modernizacije”; iako je ovaj Zakonik i dalje veoma aktuelan po pitanju strukture i osnovnih načela, ipak je postojala potreba da se on ažurira s obzirom na brojne novine koje je donelo zakonodavstvo Evropske zajednice, kao i međunarodno pravo, ali i sam razvoj prava u ovoj zemlji.

I Građanski zakonik Italije iz 1942. godine nije pošteđen izmena, dopuna, brisanja i revizija koje su usledile jedna za drugom (naročito) u poslednjih trideset godina. Poslednjih decenija na stotine članova ovog Zakonika je revidirano, dodate su nove odredbe kako bi se usvojili novi propisi Evropske zajednice, kao što su na primer oni koji su nastali prenosom direktiva, pogotovo u oblasti kompanijskog prava i ugovora. Ovim “strukturnim” izmenama kodeksa dodate su i dalje se dodaju, često mahnitim ritmom, brojne odredbe sadržane u *zakonskim uredbama*. Tim putem, one obrazuju skup “specijalnih” propisa, koji uređuju, u velikom broju slučajeva, ugovorne odnose gde je jedna strana često “slaba” strana ili strana kojoj je potrebna zaštita, kao što su, po pravilu, potrošači. Međutim, baš zbog te njihove specifične svrhe, ovi specijalni propisi često se mogu postaviti kao antiteza propisima Građanskog zakonika, ili čak mogu pobijati propise Građanskog zakonika i tako oslabiti centralnu ulogu koju Građanski zakonik ima u oblasti savremenih ekonomskih transakcija. Na taj način traganje za ispravnim zakonskim propisima koje treba primeniti na konkretne slučajeve učinjeno je manje sigurnim odnosno kompleksnijim. S ove tačke gledišta, širenje specijalnih propisa

¹ Enrico Gabrielli, Andrea Fusaro, “La riforma dei contratti in Francia”, *Giurisprudenza italiana*, 2018, 5, 1216 i dalje; prvi broj časopisa *Persona e Mercato* iz 2018. godine u celini je posvećen reformi Građanskog zakonika i sadrži priloge kao što su na primer: Giuseppe Vettori, “L’ordonnance sulla riforma del contratto in Francia” (3–8), Emanuela Navarretta, “La causa e le riforme du Code civil francese” (31–37), Giulia Terlizzi, “Erosione e scomparsa della clausola dei “buoni costumi” come limite all’autonomia contrattuale” (135–144); “La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese”, (ed. D. Valentino), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

² V. *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, koji je stupio na snagu 1. januara 2002. godine. Reinhard Zimmermann, “Il BGB e l’evoluzione del diritto civile”, *Contratto e impresa: Europa*, 2004, 625 i dalje, kao i ostali zanimljivi članci sadržani u istom broju časopisa.

inspirisanih evropskim pravom na štetu građanskih zakonika možda je jedna od najmodernijih posledica onoga što je Natalino Irti nazvao erom dekodifikacije.³

Godine 2014. u Mađarskoj⁴ i u Češkoj⁵ izvršena je ponovna kodifikacija građanskog prava, a 2011. godine u Rumuniji.⁶ U Srbiji je vladina Komisija osnovana 2006. godine nedavno završila projekat kodifikacije građanskog prava. U Poljskoj i u Slovačkoj postojali su brojni projekti, koji međutim još uvek nisu doveli do usvajanja reforme.

U skoro svim evropskim zemljama, bilo da su članice Evropske unije ili ne, na dnevnom redu je problem modernizacije građanskog prava i njegova ponovna kodifikacija koja mora uzeti u obzir i brojne zakonske odredbe Evropske unije donete u poslednjih trideset godina.

Ali kako se uklapaju ove nove kodifikacije građanskog prava u trenutni okvir izvora prava? Imaju li istu ulogu koja im je oduvek pripadala? Ili se uklapaju u obnovljeni pravni poredak u kojem poprimaju drugačiji značaj u odnosu na njihovu tradicionalnu funkciju?

Kako tvrdi Salvatore Patti u veoma zanimljivom članku koji govori baš o ovom aspektu nove kodifikacije,⁷ “*cilj građanskih zakonika bio je da se garantuje sigurnost u građanskim odnosima, bilo prevladavanjem pravnog pluralizma, budući da je zakonodavcu poveren “pravni monopol” (...), bilo zato što su građanski zakonici identifikovali pravni propis u propisu koji je odredio zakonodavac i iskristalisali isti (...). Sigurnost koja proizilazi iz zakona, a posebno iz građanskih zakonika, smatrala se, dakle, neuništivim načelom pravnog poretka, koje je neophodno da osigura uređeno odvijanje društvenih i poslovnih aktivnosti (...)*”

Međutim, danas više nije tako. Kodeksi uopšteno, a posebno građanski zakonici, ne preslikavaju uvek tačno propise koji su na snazi u pravnom sistemu ko-

³ Natalino Irti, *Letà della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999. U vezi s predmetnom temom v. i Paolo Grossi, “Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro”, *Codici. Una riflessione di fine millennio*, (ed. P. Cappellini, B. Sordi) zbornik studija sa seminara u Firenci, 26–28. oktobar 2000, Giuffrè, Milano, 2001, 580 i dalje, Rodolfo Sacco, “Codificazione, ricodificazione, decodificazione”, *Digesto, discipline privatistiche - Sez. Civ.*, Torino, 2010, aggiornamento, V, 319 i dalje.

⁴ *New Civil Codes in Hungary and Romania*, (ed. A. Menyhárd, E. Veress), Springer, Cham, 2017.

⁵ David Elischer, Ondrej Frinta, Monika Pauknerová, “Recodification of Private Law in the Czech Republic”, *The Scope and Structure of Civil Codes*, (ed. J.C. Rivera), Springer, Dordrecht, 2013.

⁶ Denise Marino, *Il nuovo codice civile rumeno fra tradizione e innovazione*, EUT, Edizioni Università Trieste, Trieste, 2020.

⁷ Salvatore Patti, “Ricodificazione”, *Rivista di diritto civile*, br. 2, 2018, 435 i dalje. Rečenica navedena u tekstu sadrži napomene sa citatima Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007 i citatima Stefan Zweig, *Il mondo di ieri*, Garzanti, Milano, 2014.

jem pripadaju i ne izražavaju uvek istu sigurnost i solidnost kojima su se oduvek isticali i koje su bile glavni razlog njihovog postojanja.

Najproblematičniji aspekt ove nove "sezone" ponovne kodifikacije, posebno kada su u pitanju zemlje članice Evropske unije, upravo je nužna horizontalna i vertikalna povezanost između nacionalnih pravnih poredaka i između ovih pravnih poredaka i pravnog poretka Evropske unije. Drugim rečima, nacionalna prava zemalja članica ne razvijaju se više na osnovu isključivo internih inovacija ili podsticaja, kao što su na primer organske reforme zakonika, skup posebnih propisa, elaboracija doktrina ili formiranje novih pravnih orijentacija.

Zakonodavstvo zemalja Evropske unije razvija se, u sve većoj meri, kako na osnovu razvoja *nacionalnog zakonodavstva drugih Država* (na primer usled oponašanja posebno pouzdanih ili efikasnih stranih modela), tako i u meri u kojoj se razvija *zakonodavstvo koje je proizvela Evropska unija*, i to ne samo pravo koje reguliše Ugovore, već i obimno sekundarno zakonodavstvo, kao i presude Suda pravde koje imaju sve veći značaj i koje tumače zakonodavstvo Evropske unije prema mehanizmima prethodnog pitanja.

Iz navedenog pre svega proizilazi formalni podatak: na teritoriji Evropske unije u opticaju je sve veći broj pravnih propisa, kao i njihova inovacija, a ovi pravni propisi predstavljaju brojne referentne tačke prilikom interpretacije zakona na koje sudija jedne Zemlje mora da obrati pažnju.

Ovaj proces pravne "fragmentacije" problematičniji je u odnosu na običnu inovaciju, ma koliko da je ona brza i kompleksna. Pravo je kao ljudski fenomen uvek bilo podložno više ili manje brzim procesima evolucije i prilagođavanja društvenoj stvarnosti, razvoju ekonomsko-proizvodnog konteksta, promenama u kulturi i mentalitetu zajednice pozvane da primeni i poštuje pravne propise. Uspeh, prestiž, racionalnost ili praktična izvodljivost inovacija mogu varirati, baš kao što se može dogoditi da s dubokim društveno-ekonomskim promenama ne dođe odmah i do odgovarajućih promena propisa u pravnom poretku. Međutim, čak i u ovim slučajevima, jaz između zakona i istorijskog napretka podstiče socijalne sukobe, odraze doktrine i praktična rešenja onih koji primenjuju zakone, što zapravo i potvrđuje prirodnu sklonost pravnog poretka promenama. Sasvim je očigledno da glavnu ulogu u definisanju opsega i ograničenja ovih promena ima pravna nauka koja je, sve češće i "hrabrije" poslednjih godina, na neki način preduhitрила praktična rešenja koja je tek naknadno usvojio i formalizovao zakonodavac. Primer navedenog možemo naći u brojnim sektorima, kao što su na primer pitanja civilnih partnerstava, biološkog testamenta, garancije samoodređenja

pojedinaca u odnosu na poznavanja koja su moguća zahvaljujući upotrebi velikih podataka (*big data*), usvajanju, promeni pola itd.⁸

Promena propisa nije, dakle, uzrok nesigurnosti: pravni poredak poznaje kriterijume (pre svega hronološki redosled zakona koji su tokom vremena usledili jedan za drugim) za upravljanje fenomenom inovacije. Novi propis koji je formalizovan na prirodan način zamenjuje prethodni propis. Isto se dešava (mada s različitim intenzitetom u sistemu opšteg prava - *comon law* i građanskog prava - *civil law*) kada nove pravne orijentacije promene interpretaciju zakona ili rešenja koja se odnose na konkretne slučajeve. Novina otvara novi period, koji može biti period sukoba, prilagođavanja, rasprava, dijalektike između različitih mišljenja, ali ako bolje sagledamo, radi se o prirodnom istorijskom procesu koji određuje postepenu konsolidaciju novog propisa u pravnom sistemu. Isto tako, inovacija koju donese zakonodavac može da zahteva period uhodavanja i prilagođavanja kroz koji treba da prođu oni koji taj novi propis treba da primene (javna uprava, sudovi ili obični građani), a da to ne stvori nesigurnost. Prepoznavanje propisa nije uvek jednostavno, ali i kada je jednostavno, problem je da se on tačno protumači i primeni.

Šta je, dakle, to što stvara nesigurnost? Rekao bih da se radi, ne toliko o promeni propisa, koliko o mehanizmu koji dovodi do te promene i koji orijentiše tu promenu. Reč je o sistemskoj nesigurnosti koja progona sudiju, sudskog službenika, firmu i građane u pokušaju da prepoznaju pravne propise koji se mogu primeniti na konkretne slučajeve. Navedena nesigurnost u velikoj meri zavisi i od uskih veza koje postoje između različitih pravnih poredaka o kojima je bilo reči.

Analiza koja sledi ima za cilj da ponudi sažetu, ali iscrpnu sliku značenja i rezultata ove nesigurnosti.

Kako je već rečeno, na razvoj nacionalnog zakonodavstva utiču propisi usvojeni u Luksemburgu. Još više, međutim, na ovaj razvoj utiču mehanizmi kojima se ovi propisi prenose i sprovode u nacionalni pravni poredak; drugim rečima, na ovu evoluciju utiče funkcionisanje "anomalnog" sistema, jedinstvenog u svetu te vrste, koji je efikasan kada treba da dostigne svoje ciljeve, ali koji ostavlja teške posledice kada je u pitanju pravna sigurnost i zahteva veliki napor da se održi ravnoteža i pojasne nacionalni zakoni.

⁸ Ako se posebno osvrnemo na situaciju u Italiji, "upečatljiv" primer opisanog mehanizma ticao se evolucije zakonodavstva o civilnim partnerstvima i prevladavanja tradicionalnog pravnog pristupa koji je na brak (između muškarca i žene) imao čitav niz pravnih dejstava i odredio uzajamna prava i obaveze i po pitanju imovine. Postepeno otvaranje prema pravnim oblicima odnosa koji ne predstavljaju brak, a koje je zakonodavac formalizovao 2015. godine, započelo je prvo od promena u društvenoj svesti, a zatim od važnih novina u oblasti prava.

Kao što je poznato, odnosi između evropskog prava i nacionalnih prava strukturisani su prema hijerarhiji inspirisanoj nekim osnovnim konceptualnim stožerima. Na prvom mestu nalazi se princip *primata evropskog prava* u odnosu na nacionalno pravo, koji se smatra ključnim preduslovom za funkcionisanje evropskog pravnog sistema, dakle stožerom tog sistema.⁹ Iz principa prvenstva proizilazi niz drugih principa, koji su neka vrsta operativnih posledica: a) *neprimenljivost* nacionalnog prava koje je u konfliktu s evropskim pravom, koje sprovodi nacionalni sud; b) *vertikalni učinak* direktiva koje nisu sprovedene ili se sprovode pogrešno; c) *usklađena interpretacija nacionalnog prava* u odnosu na evropsko pravo; d) *obavezujući učinak presuda* i interpretativnih presuda i presuda izrečenih zbog nepoštovanja propisa, koje je doneo Sud pravde.

U pitanju su sredstva za implementaciju evropskog prava koja su priznale i prihvatile sve države članice. Iako u prvim decenijama evropske integracije Vrhovni i Ustavni sud nisu bili skloni da podelu operativne posledice principa primata, oni su se sada faktički “uskладili” sa stavovima evropskog Suda pravde. Raspravlja se o osnovnim mehanizmima koji garantuju razvoj nacionalnog prava kao posledice razvoja evropskog prava i u funkciji razvoja ovog prava.

S jedne strane, ovi mehanizmi su bez sumnje dozvolili relativno ujednačen razvoj nacionalnih prava “inspirisan” evropskim propisima, a u isto vreme su ojačali stvarnu primenu evropskog prava koja ne bi bila toliko zastupljena da je implementacija propisa Evropske unije ostavljena ličnom nahodjenju država članica koje imaju različit pravni poredak i različite interese.

S druge strane, međutim, učinci primene ovih operativnih principa mogu biti poražavajući što se tiče sigurnosti propisa, ako se posmatraju iz perspektive onih subjekata na koje se propisi primenjuju ili subjekta koji te propise treba da primeni.

NEPRIMENA NACIONALNOG PROPISA I POTRAGA ZA PROPISOM KOJI SE MOŽE PRIMENITI

S obzirom na to da princip *prvenstva evropskog prava* nad nacionalnim pravom nije sporan, treba razmotriti posledice njegove primene, a pre svega princip neprimenljivosti nacionalnog prava koje nije kompatibilno s evropskim pravom. Ovom principu su se do polovine osamdesetih oštro protivili nacionalni sudovi, pa čak i Ustavni sud, kao i doktrina. Poslednjih decenija ovaj princip je doživeo radikalnu evoluciju: u početku je mehanizam neprimene bio ograničen samo na slučajeve u kojima je postojao konflikt između nacionalnog prava i prava Ugovo-

⁹ O ovom principu pogledati čuvenu presudu Suda pravde u sporu C-6/64, *Costa v. Enel*.

ra ili evropskog propisa. Nakon toga, njegovo područje je prošireno i na kontraste između nacionalnih propisa i nekih direktiva (onih koje su “dovoljno precizne i bezuslovne”), pod uslovom da se one ne sprovedu u utvrđenim rokovima.

Prema ovom principu, nacionalni sud od koga građanin traži da ne primeni nacionalni propis koji nije kompatibilan s evropskim pravom (ugovori, propisi, nesprovedene direktive), “*mora da usvoji ovaj zahtev svaki put kada je ta njegova obaveza bezuslovna i dovoljno precizna*”. Kada su u pitanju direktive, one se moraju primeniti u svim slučajevima u kojima direktiva ne dozvoljava da države odstupe od njenog sprovođenja, niti dozvoljava posebne uslove sprovođenja, ukoliko je sigurna obaveza suda sadržana u direktivi da istu mora da sprovede.

Neprimena nacionalnih propisa, za koju se činilo da se u početku odnosila samo na nacionalne sudove, naknadno se “proširila” do te mere da se sada tiče i lokalnih i teritorijalnih organa vlasti, javne uprave i bilo kog drugog organa vlasti zaduženog za pružanje usluga od javnog interesa.¹⁰

U tu svrhu treba uzeti u obzir poznatu presudu Flli Costanzo.¹¹ Uz pretходnu žalbu na osnovu čl. 267. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, sud u Milanu pitao je evropski Sud pravde da li je i opštinska uprava (u ovom slučaju opština Milano) takođe dužna da primeni direktivu Veća br. 71/305, u oblasti javne nabavke, koju Italija nije pravilno sprovedla uprkos isteku roka, što znači da poništi nekompatibilne propise Republike Italije. Prema mišljenju evropskog Suda pravde, bilo bi kontradiktorno tvrditi da se pojedinci mogu pred nacionalnim sudovima pozivati na odredbe direktive koja nije sprovedena – ali koja ima rekvizite za direktnu primenu – u cilju kritike rada ove opštinske uprave, a s druge strane smatrati da ova opštinska uprava nije dužna da primeni odredbe direktive, a da ne primeni neusklađeno nacionalno pravo. Drugim rečima, država članica koja ne poštuje prenošenje i sprovođenje direktive, “*ne može da prigovori pojedincima to što oni ne ispunjavaju obaveze koje proizlaze iz same direktive*”. To znači da pravosuđe smatra se da je već urađeno ono što treba uraditi.

Engleski pravници potvrđuju isti princip po pitanju pravičnosti (*equity*). Kupoprodajnim ugovorom, prema opštem pravu (*common law*) kupac ne stiče vlasništvo (jer samo *conveyance* ima taj učinak); po principu pravičnosti (*equity*), međutim, on stiče *equitable interest*.

Ova dinamika, međutim, stvara konceptualnu razliku između slučaja direktive koja nameće obavezu izvršenja A i slučaja direktive koja nameće alternativnu obavezu (uraditi A ili B). U drugom slučaju ovaj mehanizam ne može da funkci-

¹⁰ Sud pravde, 12. jul 1990. C-188/89, *Foster i dr. v. British Gas plc*.

¹¹ Sud pravde, 22. jun 1989. C-103/88, *Soc. Flli Costanzo v. Comune di Milano*.

oniše. Ni A ni B ne mogu se smatrati ispunjenim obavezama, jer ni jedan ni drugi ne predstavljaju bezuslovnu obavezu, s obzirom da su jedan drugom alternativa.

Osim studije o rekvizitima primenljivosti istekle direktive, u presudi E.lli Costanzo evropski Sud pravde je prvi put izjavio da “*poput nacionalnog suda, svi upravni organi, uključujući i teritorijalne organe vlasti, kao što su opštine, dužni su da primene odredbe direktive, a ne odredbe nacionalnog zakona koje nisu u skladu s odredbama direktive.*”¹²

Takvu presudu su bez očiglednih poteškoća prihvatili i sudovi Republike Italije, na prvom mestu Ustavni sud i Državno veće. U presudi *Industria Giampaoli* iz 1991. Godine,¹³ sudije Veća su bez problema prihvatile princip po kojem nesprovedene direktive moraju da sprovede, ne samo nacionalni sudovi, već i javna uprava. Isto smatra i Državno veće koje je navelo da su ove direktive, pod uslovom da su dovoljno definisane i bezuslovne, “*podložne neposrednoj primeni, samoizvršive su i ne zahtevaju propisivanje i razradu.*”¹⁴ Kako dalje tvrdi Državno veće, sudovi i javne uprave dužni su da poštuju zakonske propise Evropske unije, koji su već postali sastavni deo novog sistema, tako što neće primeniti nacionalno pravo koje je u konfliktu s evropskim pravom, bez obzira da li je ono usvojeno pre ili posle dotične direktive.

Pored navedenog, treba dodati i činjenicu da je praksa evropskih organa vlasti pogodovala izmeni izvornog sadržaja direktiva i promenila njihov značaj. Umesto da samo navedu ciljeve, rezultate koje treba postići, opšte principe i kriterijume koje treba uvesti u nacionalni pravni poredak - koji su navedeni u detaljnim internim propisima ali nisu po svaku cenu ujednačeni - direktive (posebno one koje slede tzv. *maksimalnu usklađenost*) su sve češće veoma detaljne i precizne, tako da ponekad država može odlučiti samo o izboru pravnog oblika koji, na nacionalnom nivou, treba dati propisu koji je evropski zakonodavac već definisao.

Stoga, obavezu primene direktiva nemaju samo odgovarajući nadležni pravosudni organi, što implicira značajne operativne posledice.

Na taj način se otvara put za priznanje da ovu obavezu ima veliki broj subjekata, koji treba da primene evropsko pravo odnosno ne treba da primene nacionalno pravo koje je u konfliktu s evropskim pravom. Sam evropski Sud pravde već je izjavio da se određene direktive mogu sprovoditi pred poreskim organima

¹² *Ibidem.*

¹³ Ustavni sud, 18. april 1991.g., br. 168, *Industria Dolciaria Giampaoli Spa v. Ufficio del Registro di Ancona.*

¹⁴ Državno veće, 20. maj 1995, odelj. VI, br. 498, *Ferrovie dello Stato v. Soc. impr. costruz. edili ferr. Ventura.*

vlasti,¹⁵ teritorijalnim jedinicama,¹⁶ javnim organima koji pružaju javne zdravstvene usluge,¹⁷ kao i pred bilo kojim organom vlasti koji je, bez obzira na pravni oblik, “zadužen rešenjem javnog organa vlasti da, pod nadzorom istog, pruži uslugu od javnog interesa i koji u tu svrhu ima ovlašćenja koja prelaze granice ovlašćenja koja proizilaze iz propisa koji se primenjuju na odnose između pojedinaca”.¹⁸

Proširenje subjektivnog područja obaveze primene nesprovedenih evropskih direktiva nesumnjivo dovodi do ubrzanja procesa usklađivanja prava država članica ali u isto vreme podrazumeva i kritične tačke koje se ne mogu zanemariti.

Prva i najvažnija kritična tačka odnosi se upravo na nivo pravne sigurnosti, kao i na odgovornost subjekata pozvanih da odluče da li hoće da primene propis koji u suštini nikada nije usvojen ili propis koji je u konfliktu s evropskim pravom tako da dovodi do radikalizacije konflikta između propisa.

Široka primena principa neprimenjivanja nacionalnog prava podrazumeva pre svega da javna uprava, opštinska uprava, poreska uprava i ostali javni zavodi uopšte, kao i svi zavodi ili subjekti zaduženi za pružanje javnih usluga, moraju biti u stanju da (pre)poznaju nesprovedene direktive i moraju ih smatrati drugim izvorima prava nakon isteka roka za usvajanje direktive. Drugo, potrebno je da ti subjekti i zavodi budu u stanju da prepoznaju da li neka direktiva poseduje karakteristike zahvaljujući kojima će moći direktno da se primeni. Isti će, zatim, morati da ocene da li postoji nacionalni propis za sprovođenje predmetne direktive i da li ovaj propis pravilno ispunjava “dužnost” da bude sproveden.

U pitanju je vrlo složen logički postupak, po čijem okončanju lice pozvano da primeni direktivu mora samo da preuzme odgovornost za primenu ili neprimenu nacionalnog propisa, a za to potencijalno može prekršajno, pa čak i krivično da odgovara.

Jasno je da postoji niz problema kada je u pitanju neprimena ili primena evropskog prava od strane odgovornog lica. Pre svega, problem poznavanja propisa Evropske unije i njihovog direktnog učinka; drugo, problem potencijalne zloupotrebe službenog položaja od strane službenika; treće, problem koji se odnosi na zakonitost konačne odluke donete na kraju ovog logičkog procesa, odnosno

¹⁵ Sud pravde, 22. februar 1990.g., C-221/88, *CECA v. Busseni*.

¹⁶ Sud pravde, 19. januar 1982.g., C-8/81, *Becker v. Finanzamt Münster-Innenstad*.

¹⁷ Sud pravde, 26. februar 1986.g., C-152/84, *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*.

¹⁸ Sud pravde, 12. jul 1990, C-188/89, *Foster i dr. v. British Gas plc*. Kasnije je isti sud doneo odluku da čak i privatna firma, kao što je na primer firma koja upravlja autoputevima *Brennero*, ima obavezu da direktno primeni Direktive 93/89 i 99/62 u ugovorima s klijentima i to u meri u kojoj je država poverila ovom privatniku zadatak da naplati putarinu i u meri u kojoj Država direktno ili indirektno kontroliše ovog privatnika (Sud pravde, 5. februar 2004.g., C-157/2002).

odredbe koja, u zavisnosti od toga šta je odabralo odgovorno lice, može biti u skladu sa nacionalnim zakonom ali i suprotna evropskom pravu i obratno. Baš zbog ovog kompleksnog preplitanja faktora koje treba uzeti u obzir, čini se da je pravna sigurnost nužno oslabljena. Stoga bi bilo poželjno da pravna nauka i sam zakonodavac pokušaju da reše bar neke od ovih konceptualnih problematičnih čvorova koji proizlaze iz mogućnosti direktne primene nesprovedenih direktiva.

Ovo pitanje se, nadalje, tiče i krajnjih subjekata na koje ova pravila treba primeniti tj. privatnih lica, firmi i drugih pravnih subjekata, koji ne moraju biti upoznati sa propisima koji se primenjuju na njihove sporove, a ti propisi mogu biti nacionalni propisi koji su na snazi ili propisi sadržani u direktivi koja je često nepoznata jer se ne sprovodi, a za koju nije sigurno da se može direktno primeniti.

Od kada je potvrđen direktni učinak nesprovedenih direktiva, Sud u Luksemburgu uvek je bio čvrsto uveren da ovaj učinak ima efekta samo u vertikalnim odnosima (država-građanin), a ne i u horizontalnim (privatni subjekt-privatni subjekt), čak i po cenu nejednakog tretiranja građana, u zavisnosti od toga da li su oni u pravnom odnosu sa državom ili drugim javnim organom ili s nekim drugim privatnim licem.¹⁹ Sud je opravdao takav pristup, tvrdeći da bi proširivanje direktnog učinka na horizontalne odnose značilo priznavanje prava Evropskoj zajednici da koristi direktive kako bi definisala propise iz kojih bi odmah nastale obaveze građana, dok *“to pravo Evropskoj zajednici pripada samo kada joj je dodeljeno pravo da usvoji propise”*.²⁰

Još veći nivo nesigurnosti u vezi s utvrđivanjem propisa koji se mogu primeniti, proizlazi iz presuda u kojima je Sud pravde, premda nije direktno potvrdio princip vodoravnog učinka direktiva, predložio interpretacije nacionalnog prava po kojima nesprovedene direktive Evropske zajednice imaju indirektni učinak i u odnosima između privatnih lica. U tu svrhu tipični su prvi slučajevi

¹⁹ Sud je potpuno svestan da bi ovaj princip mogao dovesti do nejednakog tretiranja radnika, u zavisnosti od toga da li imaju državni posao ili rade kod privatnika: dok bi u prvom slučaju radnici mogli iskoristiti prilike koje nudi neprenesena direktiva, radnicima zaposlenim kod privatnika ne bi se ni na koji način mogla priznati prava koja proizlaze iz direktive. Ipak, sudije odgovaraju na ovaj prigovor, koji je izrazila sama britanska vlada, navodeći da se ta razlika u tretiranju radnika *“lako mogla izbeći da je dotična država članica pravilno prenela direktivu u svoje nacionalno pravo”* (presuda *Marshall*, cit.).

²⁰ Sud pravde, 14. jul 1994.g., C-91/92, *Faccini Dori v. Soc. Recreb.*

Marleasing,²¹ *Bernaldez*,²² *Bellone*,²³ *Océano Grupo Editorial*,²⁴ nakon kojih su usledili i drugi takvi slučajevi.

PRAVNA FIKCIJA: USKLAĐENA INTERPRETACIJA KAO ANTIDOT
ZA NEPRIMENU NACIONALNOG PROPISA

Ako uzmemo u obzir činjenice, priznavanjem samo *vertikalnog* učinka direktiva, neće se postupiti pravedno u svim onim situacijama u kojima privatno lice ne može da zahteva prava koja proizlaze iz evropskog zakonodavstva zbog neaktivnosti njegove zemlje. Da bi otklonio ovu kritičnu tačku, Sud u Luksemburgu je ustanovio još jedan princip, poznat kao princip *usklađene interpretacije*,²⁵ na osnovu kojeg u trenutku primene nacionalnog prava “*sud mora da protumači sopstveno pravo prema sadržaju i svrsi direktive, a princip usklađene interpretacije obavezuje nacionalni sud da odabere, od sistema interpretacije koji postoje u njegovom pravnom poretku, sistem koji će mu omogućiti da odredbama nacionalnog prava dà značenje koje je kompatibilno s direktivom*”, čak i ukoliko ova direktiva još nije usvojena ili nije pravilno usvojena.

U suštini, ovaj princip, koji se može primeniti na bilo koji nacionalni propis, može dati rezultate koji su veoma slični onima koje može ostvariti direktno primenljivi propis, kao što je propis neke uredbe, pa se tim putem mogu priznati i horizontalni učinci direktive. Naime, ako nacionalni propis, bez obzira na vezu koju ima sa nesprovedenom direktivom, može da se protumači na način koji je usklađen s ovom direktivom, proizilazi da nacionalni sud ponovo konfigurira nacionalno pravo²⁶ i tako obavezuje privatno lice na hermeneutičku operaciju na osnovu nacionalnog propisa koji je usklađen sa sadržajem nesprovedene direktive, koja nikada nije faktički stupila u pravni poredak.

²¹ Sud pravde, 13. novembar 1990.g., C-106/89, *Marleasing S.A. v. Comercial Internacional de Alimentacion*.

²² Sud pravde, 28. mart 1996.g., C-129/94, *Ruiz Bernáldez*.

²³ Sud pravde, 30. april 1998, C-215/97, *Barbara Bellone v. Yokohama S.p.A.* U istom smislu pogledati i Sud pravde, 13. jul 2000.g., C-456/98, *Centrosteel Srl c. Adipol GmbH*.

²⁴ Sud pravde, 27. jun 2000.g., sporova od C-240/98 do C-244/98, *Océano Grupo Editorial i Salvat Editores SA v. Rocío Murciano Quintero i ostali*.

²⁵ Uporediti Sud pravde, 13. novembar 1990.g., C-106/89, *Marleasing*, cit.

²⁶ Primer Luigi Daniele, “Tendenza attuale della giurisprudenza comunitaria in merito alla nozione di norme direttamente efficaci”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 1995, 225.

Tako se ulazi u sivu zonu punu dvosmislenosti, u kojoj se tetura i luksemburško zakonodavstvo. U istoj presudi *Faccini Dori*, gde se princip usklađene interpretacije jasno afirmisao, Sud je oscilirao između ponovnog potvrđenog negiranja horizontalnih učinaka na nesprovedene direktive i potvrđivanja mogućnosti da, indirektno i kroz filter usklađene interpretacije nacionalnog zakona, te iste direktive utiču na horizontalne odnose među privatnim licima.

Na konkretnoj osnovi, ukoliko ne dođe do sprovođenja neke direktive, odnosno ako se pojedincima ne daju prava koja proizilaze iz evropskog pravnog poretka, nacionalni sud će morati da proveri, od slučaja do slučaja, pre svega da li lice u vezi s kojim se poziva na direktivu, ima javni karakter ili ne. Ako je odgovor potvrđan, sud može sigurno da primeni direktivu na osnovu njenog vertikalnog učinka. Ako ne, treba proveriti da li postoji odredba u nacionalnom pravu koja se može protumačiti u skladu s odredbama nesprovedene direktive: ako ta odredba postoji, onda će se nacionalni propis interpretirati u skladu s ovom direktivom; ako ne postoji, povoljna prava i obaveze koje proizilaze iz direktive ne mogu se proširiti na vodoravni odnos, čak ni na interpretativni način, tako da kao jedino rešenje preostaje da se podnese zahtev za naknadu štete protiv države koja ne ispunjava svoje obaveze, prema kriterijima sudske prakse *Francovich*.

KADA SE INTERPRETACIJA SUDA PRAVDE TRANSFORMIŠE U STVARANJE NOVIH PROPISA

Ostaje činjenica da je, na osnovu principa *direktnog učinka direktiva* i *usklađene interpretacije nacionalnog prava*, sve više slučajeva u kojima je sprovođenje neke direktive rezultat pravne delatnosti, prepušteno osetljivosti pojedinačnog sudije i to na način koji uveliko prelazi okvire nacionalnog zakona koji je formalno na snazi.

U pitanju je pomeranje ravnoteže između zakonodavca i pravne nauke, koja na evropskom nivou odražava slabo proučeni mehanizam, koji zaslužuje posebnu pažnju. Reč je o mehanizmu, pomalo “podmuklom”, koji omogućava Sudu pravde da izvrši *standardizaciju* pravnih propisa država članica.

Sud u Luksemburgu, koji se kao institucija poziva da tumači zakonske odredbe Evropske unije, ponekad se ne ograničava samo na vršenje obične hermeneutičke delatnosti, već kao i svako drugo pravosudno telo, ide dalje, popunjava eventualne praznine i formuliše pravila koja nisu izražena ili barem koja nisu izričita, a koja ovaj Sud tumači i koja se primenjuju u nacionalnim pravnim poretcima. To se može dogoditi i u kontekstu prekršajnog postupka kao i kroz postupak prethodnog pitanja, a rezultat je da odluke suda na kraju ne samo da interpretativno objašnjavaju evropsko pravo, već i na neki način “dopunjuju” za-

kone, a pre svega usaglašavaju nacionalne pravne propise, tako da imaju veći učinak u odnosu na neku direktivu ili pravilnik, s obzirom da presuda, u formulisanju ili ponavljanju pravila, *izražava jedinu dozvoljenu interpretaciju koju zahteva i od nacionalnih sudova.*

Međutim, funkcionalnost evropskih presuda ističe granice ovog načina formulisanja pravila. Specifikacija putem pravnih propisa instituta i pojmova koji se odlikuju primenom propisa po slobodnom nahođenju svakako je korisna i vredna poštovanja, ali treba primetiti da postoji značajan nedostatak sistematičnosti i pravne sigurnosti, koji je rezultat naglašene autonomije koju sudovi imaju po pitanju procenjivanja.²⁷

Sud pravde često koristi ovo osnovno sredstvo “pravne standardizacije” tamo gde direktive, bilo zbog pravnih ili političkih razloga, bilo zbog nesposobnosti evropskog zakonodavca, nisu htele ili nisu znale na koji način da stignu. Na taj način se potvrđuju propisi koji nisu izričito navedeni u direktivama za usklađivanje zakonskih propisa.

Drugim rečima, zahvaljujući interpretaciji, Sud pravde formuliše propise koji važe i za *države* i za *privatna lica*, a koji se direktno mogu primeniti, iako ih nije usvojio nacionalni zakonodavac, pa su ovi propisi često u više ili manje očiglednom kontrastu s nacionalnim “izraženim” propisima. Pometnja koja se stvara u nacionalnim pravnim porecima je evidentna, a s njom i nesigurnost koja nastaje i kod sudije i kod građana.

Neki primeri u području privatnog prava i u području javnog prava mogu pomoći da se razume koliko su ozbiljne posledice ove neusklađenosti.

... U OBLASTI PRIVATNOG PRAVA

Direktiva o nepoštenim uslovima u potrošačkim ugovorima 93/13/EZ²⁸ utvrđuje da države moraju garantovati da u ugovorima između preduzetnika i po-

²⁷ Na ovu temu Gianmaria Ajani, “Trapianto di norme ‘informato’ e globalizzazione: alcune considerazioni”, *Studi in onore di Aldo Frignani : nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, (ed. G. Ajani et al.), Napoli, 2011, 33 i dalje; Michele Graziadei, “The Functionalist Heritage”, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, (ed. P. Legrand, R. Munday), Cambridge, 2003, 100; Maria Alessandra Sandulli, “Riflessioni sulla responsabilità civile degli organi giurisdizionali”, *L’Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, (ed. P.G. Portaluri), Università del Salento, Napoli, 2012, 513, potvrđuje “*pridrodna nesigurnost prava čija je podloga u suštini pravna s posebnim osvrtom na područje javnih ugovora*”; v. i Michele Cozzio, “Il ruolo creativo della giurisprudenza nella disciplina degli appalti pubblici”, *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, (ed. G.A. Benacchio, M. Cozzio), Milano, EGEA, 2012, 30 i dalje.

²⁸ Direktiva 93/13/EEZ od 5. aprila 1993. godine o nepoštenim uslovima u potrošačkim ugovorima.

trošača eventualne klauzule o odstupanju od redovnog pravila po kojem nadležni sud treba da bude sud na čijem se području nalazi prebivalište (boravište) potrošača ne proizvode pravno dejstvo. Prilikom usvajanja direktive, neke države članice, kao što je Italija, odlučile su da ovu klauzulu smatraju ništavom po pitanju kažnjavanja.

Međutim, ova direktiva ne precizira koja strana ima pravo da pokrene pitanje nepoštenih uslova pred sudom.

S obzirom da u direktivi o tome nema reči, smatralo se da svaka država članica može slobodno da odluči ko, kako i kada može postaviti pitanje o nevaljanosti klauzule o odstupanju od redovnog pravila po kojem nadležni sud treba da bude sud na čijem se području nalazi prebivalište (boravište) potrošača ili zaključiti da ona nema pravno dejstvo.

Međutim, Sud pravde je u presudi *Oceano Grupo Editorial*²⁹ odlučio da *sudija po službenoj dužnosti* mora da pokrene pitanje nezakonitosti (dakle nevaljanosti) klauzule o odstupanju od redovnog pravila po kojem nadležni sud treba da bude sud na čijem se području nalazi prebivalište (boravište) potrošača, a ne samo zainteresovana strana. Sud je svoju odluku, između ostalog, zasnovao na potrebi da se osigura efektivna primena evropskog prava, koristeći na taj način efektivnost kao opšti princip koji faktički opravdava uvođenje novog pravila.

Štaviše, pravilo koje je uveo sud više nije pravilo za usklađivanje propisa, kao što je to referentna direktiva, već pravilo za standardizaciju, jer je interpretacija koju je predložio Sud obavezujuća, ne samo za sud na koji se upućuje (u ovom slučaju prvostepeni Sud u Barseloni), već i za sve nacionalne sudove svih zemalja Evropske unije, koji više neće moći da primene nacionalno pravo svoje države na drugačiji način od onog na koji je Sud protumačio Direktivu 93/13.

Još jedan tipičan slučaj nepovezanosti između formalnih propisa i propisa koji se primenjuju predstavlja Direktiva 85/577/EZ za zaštitu potrošača u pogledu ugovora sklopljenih van poslovnih prostorija³⁰ koja, u trenutku davanja prava na odustajanje kupcu-potrošaču, nije naznačila nikakav rok za ostvarivanje prava na odustajanje u slučaju da kupac-potrošač nije dobio odgovarajuće informacije o postojanju samog prava, kao i o načinu na koji ovo pravo može iskoristiti. Formulaciji člana 4. Direktive po kojoj “*države članice garantuju da njihovo nacionalno zakonodavstvo predviđa odgovarajuće mere za zaštitu potrošača u slučaju da isti nisu primili informaciju iz ovog člana*”, kao da implicira da države članice imaju određenu diskrecionalnost u rešavanju ovog pitanja.

²⁹ Sud pravde, 27. jun 2000, sporova od C-240/98 do C-244/98, *Océano Grupo Editorial*, cit.

³⁰ Direktiva 85/577/EEZ od 20. decembra 1985. godine za zaštitu potrošača u pogledu ugovora sklopljenih van poslovnih prostorija.

Na osnovu ovog pristupa, zakonodavac Nemačke odredio je rok od godinu dana od dana potpisivanja ugovora u kojem ovo pravo zastareva, polazeći od toga da se potreba za sigurnošću prava ne može žrtvovati, izvan određenih granica, zarad zaštite potrošača.

Sud pravde, međutim, smatra da ovaj propis Nemačke *nije u skladu* sa direktivom. Tako je Sud pravde u presudi *Heininger*³¹ naveo da uopštenost direktive (“nacionalni zakonodavac mora da preduzme potrebne mere za zaštitu potrošača”) ne daje pravo državama da odrede rok isteka ili rok zastarevanja prava na odustajanje.³²

Ovom presudom rešen je odnos između dva građanina (preduzetnika i potrošača) koji su predmet spora - a što je u deklarisanjoj i jasnoj suprotnosti s nacionalnim propisom građanskog zakonika Nemačke (BGB) koji se može primeniti na predmetni spor – i to na osnovu propisa koji je izrečen u Luksemburgu, ali koji nije naveden ni u jednom drugom dokumentu, ni evropskom dokumentu, ni nacionalnom dokumentu, pa ga dakle nijedna od strana koje su uključene u spor (nemački zakonodavac, nemački sud, parničke stranke) očigledno nisu mogle poznavati.

Slična zapažanja mogu se izvući iz slučajeva u kojima se može primeniti Direktiva 85/374 od 25. jula 1985. godine³³ o odgovornosti proizvođača, koja je državama članicama ostavila široku mogućnost odlučivanja po vlastitom nahođenju kada je u pitanju određivanje detaljnih pravila u ovoj oblasti, s obzirom da se nacionalni zakoni koji uređuju ovu oblast dosta razlikuju jedan od drugog. Uprkos tome, Sud pravde je više puta intervenisao kako bi potvrdio neka nedvosmislena i obavezujuća rešenja i formulisao određena pravila koja su prilično smanjila slobodu izbora koju je Direktiva, po svemu sudeći, dala nacionalnim zakonodavcima ili nacionalnoj sudskoj praksi, pa je tako pomela one koji su oduvek smatrali da je direktiva dovela do minimalne usklađenosti odgovornosti proizvođača.

Dakle, u presudi *Commissione v. Repubblica francese*³⁴ utvrđeno je da francuski zakonodavac ne ispunjava obavezu kada je u pitanju regulisanje jednog od najvažnijih aspekata odgovornosti proizvođača, tzv. “*rizik razvoja*”. Podsećamo da je, upravo zbog nepostizanja sporazuma između Francuske (koja tradicional-

³¹ Sud pravde, 13. decembar 2002, C-481/99, *Heininger v. Bayerische Hypo und Vereinsbank AG*.

³² Tako tvrde sudije Suda u slučaju *Heininger*, cit.: “*Directive 85/577 precludes the national legislature from imposing a time-limit of one year from the conclusion of the contract within which the right of cancellation provided for in Article 5 of that directive may be exercised, where the consumer has not received the information specified in Article 4*”.

³³ Direktiva 85/374/EEZ od 25. jula 1985. g., u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode.

³⁴ Sud pravde, 25. april 2002. g., C-52/00.

no teži da pripiše rizik razvoja proizvođaču) i Velike Britanije (koja tradicionalno teži da pripiše rizik razvoja oštećenoj strani), direktiva izabrala kao zadato pravilo ono koje pripisuje rizik razvoja oštećenoj strani ali je u isto vreme dala državama članicama mogućnost da odstupe od toga i da rizik pripišu proizvođaču.

Prilikom prenošenja direktive, francuski zakonodavac se, verovatno pod pritiskom i nacionalnih proizvođača u strahu da budu oštećeni u odnosu na njihove kolege iz drugih zemalja članica,³⁵ odrekao svog prethodnog modela i više se približio ovom drugom modelu i, pored toga što rizik razvoja pripisuje proizvođaču, dozvolio je istom da ne odgovara ukoliko dokaže da je *primenio sve mere potrebne za sprečavanje* posledica neispravnosti proizvoda (čl. 13 loi br. 98-389 od 19. maja 1998. godine).

Sud pravde, međutim, smatra da ovakav izbor nije primeren. On je odredio da je direktiva trebalo da dozvoli da se odabere isključivo jedan od dva predviđena modela (čl. 7., slovo *e*, odnosno čl. 15., slovo *a*), a ne da dozvoli model koji je između ova dva. Drugim rečima, direktiva je navodno dozvolila da se eliminiše rasterećenje odgovornosti za rizik razvoja, ali navodno nije dozvolila da se promene uslovi primene ovog rasterećenja.³⁶

Tako se, paradoksalno, smatra da francuski zakon po kojem je odlučeno da se više ne koristi odstupanje koje je izričito odobrio evropski zakonodavac i koji je pokušao da se približi drugom modelu koji direktiva predviđa, odnosno modelu koji su države članice većinom usvojile, nije u skladu s direktivom pa se zato ovaj francuski zakon ne može primeniti.

Još jedan primer odgovornosti proizvođača ali u okviru postupka prethodnog pitanja u skladu s čl. 234. Ugovora o EZ, jeste kada je sudija u Oviudu postavio pitanje može li građanin koji je teško oštećen, s obzirom da mu je izvršena transfuzija zaražene krvi, da se pozove na španski zakon iz 1984. godine, prema kome je mogao dobiti naknadu štete, ili pak, treba da se primeni zakon iz 1994. godine o sprovođenju direktive 85/374/EZ, koja oštećenom ne bi dozvolila da dobije naknadu štete. U sporu o kojem je odlučeno 25. aprila 2002., C-183/00, *Gonzales Sanchez*, Sud pravde, suprotno od onoga što se tvrdi u Direktivi 85/374/EZ, nije dao građaninu mogućnost da se pozove na nacionalni zakon koji je za njega bio povoljniji od propisa iz direktive.

³⁵ O raspravi koja se odvila u Francuskoj u periodu primene direktive 85/374, v. Jacques Ghestin, «Le nouveau titre IV bis du Livre III du Code civil», *Semaine juridique*, 1998, br. 27, 1201–1211.

³⁶ V. § 47 citirane presude C-52/00 od 25. aprila 2002. godine, *Commissione v. Repubblica francese*.

Ovako je odlučeno uprkos činjenici da direktiva po tom pitanju uopšte nije jasna, štaviše davala je mogućnost interpretacije po kojoj je povoljnije da se primene prethodni propisi, ako su oni povoljniji za oštećenu stranu.³⁷ Sud je dao suprotno tumačenje³⁸ prema kome oštećena strana nema mogućnost da se pozove na propise koji se razlikuju od propisa predviđenih direktivom o odgovornosti proizvođača, čak i ako su ti propisi za njega povoljniji.³⁹

U skladu s predmetnim podsticajem za standardizaciju nacionalnih propisa, 2006. godine, u presudi *Skov v. Bilka*,⁴⁰ Sud je utvrdio da dansko zakonodavstvo nije primenljivo tamo gde uvodi, osim odgovornosti proizvođača, i autonomnu odgovornost prodavca, prema sudskoj tradiciji ove Zemlje. Zapravo, za Sud direktiva podrazumeva *potpuno usklađivanje tačaka koje ona sama uređuje, a utvrđivanje odgovornih osoba je obavezno*;⁴¹ stoga nacionalni zakonodavac ne može pripisati drugim subjektima osim proizvođaču odgovornost koja je analogna odgovornosti predviđenoj za proizvođača, koji ostaje jedini subjekt protiv kojeg oštećenik može postupiti kad mu neispravni proizvod nanese štetu.

... I U OBLASTI JAVNOG PRAVA

Analogna nesigurnost po pitanju propisa koji se može primeniti, uprkos tome što postoji jasan i precizan nacionalni propis, može se naći i u javnom pravu.

Tipičan primer u Italiji je nedavni slučaj *Vitali v. Autostrade* iz 2019. godine.⁴² Usvajanjem direktive 2014/24 EU u oblasti javnih radova, italijanski zako-

³⁷ U čl. 13. direktive 85/374 navedeno je sledeće: "Ova Direktiva nema utjecaja ni na koja prava koja bi oštećena osoba mogla imati u skladu sa zakonskim propisima o ugovornoj ili drugoj odgovornosti ili posebnim sustavom odgovornosti koji je postojao u trenutku kada je ova Direktiva priopćena".

³⁸ Sud pravde, 25. aprila 2002.g., C-183/00, *Gonzales-Sanchez* doslovno potvrđuje da pozivanje, u čl. 13 direktive, na prava koja oštećena strana može da koristi na osnovu ugovorne ili vanugovorne odgovornosti, u smislu što ono "not preclude the application of other systems of contractual or non-contractual liability based on other grounds, such as fault or a warranty in respect of latent defects" (uporediti § 31).

³⁹ "Article 13 of Directive 85/374 ... must be interpreted as meaning that the rights conferred under the legislation of a Member State on the victims of damage caused by a defective product under a general system of liability having the same basis as that put in place by the Directive may be limited or restricted as a result of the Directive's transposition into the domestic law of that State" (uporediti izreku presude *Gonzales Sanchez*, cit.).

⁴⁰ Sud pravde, 10. januar 2006., *Skov v. Bilka*.

⁴¹ Uporediti § 33 Sud pravde, *Skov v. Bilka*, cit.

⁴² Sud pravde, 26. septembar 2019. godine, C-63/18, *Vitali Spa v. Autostrade Spa*. Na ovu temu videti i Michele Cozzio, Edoardo Tozzo, "Subcontracting Limitation as Expressed by Italian

nodavac odredio je u Zakonu o javnim nabavkama da uspešni ponuđač ne može da da u podzakup trećim stranama deo ugovora u iznosu većem od 30% (čl. 105, 2. stav zakonske uredbe br. 50/2016, tzv. Zakon o javnim nabavkama). Namera zakonodavca je da se bori protiv kriminala tako da učestvovanje kriminalnih organizacija u javnim radovima bude manje privlačno, dakle da ograniči fenomen infiltracije mafije.

Međutim, mišljenje Suda je sledeće: “čak i ako se može smatrati da bi se količinskim ograničenjem korišćenja podugovaranja moglo boriti protiv takve pojave, ograničenjem poput onoga o kojem je reč u glavnom postupku prekoračuje se ono što je nužno za postizanje tog cilja” (br. 38). Drugim rečima, ako je istina da prema evropskom propisu zakonodavac u priličnoj meri može da odluči po sopstvenom nahođenju, istina je takođe da se to slobodno nahođenje mora izvršavati u skladu s principom proporcionalnosti i jednakog tretmana. Tako sudije iz Luksemburga tvrde da “Direktivu 2014/24/UE treba tumačiti na način da joj se protivi nacionalni propis, poput onoga o kojem je reč u glavnom postupku, kojim se deo ugovora koji je ponuđač ovlašćen dati u podugovor trećim stranama ograničava na 30%”.

To ne znači da nije moguće postaviti ograničenja na neki drugi, manji procenat. Prema mišljenju Suda, mogućnost da se definiše ograničenje za davanje dela ugovora u podugovor može se eventualno oceniti pojedinačno od slučaja do slučaja i prepustiti ličnom nahođenju (i odgovornosti) administracije koja zakupljuje radove imajući u vidu dotični ekonomski sektor, prirodu radova, identitet podgovarača.

U tom kontekstu, nametanje ograničenja davanja dela ugovora u podugovor može biti legitimno ako se sprovodi u skladu s osnovnim pravilima i opštim principima Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (*par condicio*, transparentnost, proporcionalnost), što međutim, znači da ovu procenu po sopstvenom nahođenju treba da izvrši administracija koja raspisuje javnu nabavku; iako evropski propisi prihvataju ovo sopstveno nahođenje, ono može izazvati nesigurnost i nepoverenje kod preduzetnika koji žele da izbegnu ocenjivanje po sopstvenom nahođenju administracije i koji su za to da se primene sigurni postupci, uređeni precizno i detaljno.

U sledećem razmatranju istaknuto je kako pravilo koje je iskazao Sud pravde, a čiji su okviri nesigurni, postaje još teže protumačiti kako se ispituju implikacije koje se mogu primeniti u nacionalnom kontekstu.

Uzmimo na primer da se ispitani slučaj odnosi na javnu nabavku u vrednosti iznad praga (tj. podleže evropskim propisima Direktive 2014/24/EU). Među-

Legislation of Public Contracts Does Not Comply with European Law”, u *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2020, 2, 174-178.

tim, ostaje otvoreno pitanje da li se ista zabrana da se postavi unapred utvrđeno ograničenje za podzakup može primeniti ili ne i za vrednosti ispod praga (odnosno koji ne podleže evropskim pravilima); zabrana ograničavanja podzakupa formulisana je pozivajući se na niz principa (*par condicio*, transparentnost i proporcionalnost) čija primena, opet prema sudskoj praksi EU, premašuje područje gornjeg praga, da bi se primenila u situacijama u kojima nacionalni zakonodavci imaju veću autonomiju, budući da ne moraju da slede ciljeve koje su nametnule evropske direktive.

Još jednom, uprkos jasnoj formulaciji nacionalnog propisa, preduzetnik će morati da se pridržava stava koji zauzme javna uprava (ili, u slučaju žalbe, mora prihvatiti interpretaciju nacionalnog suda), koja će morati da oceni da li svrha koja je u nacionalnom zakonodavstvu obrazložila restrikcije za podzakup, pronalazi u vrednostima ispod praga opravdanja takva da može da dovede do drugačije procene.

ZAKLJUČAK

Kratko navedeni primeri predstavljaju samo minimalni deo onoga što nude postojeći slučajevi. Iz njih, međutim, proizlazi nesporna činjenica u odnosu između prava Evropske unije i nacionalnog prava, odnosno sposobnost odluka Suda pravde da *standardizuje* pravo država članica. Presude, koje su obavezujuće za sve jurisdikcije svih država članica, ne samo da mnogo više standardizuju propise nego što to čini zakonodavstvo Zajednice, koje se čak i direktno može primeniti kao pravilnik EU, s obzirom da i ovaj pravilnik može biti predmet različitih tumačenja i primena od strane nacionalnih organa vlasti, već su u stanju da odredbe sadržane u direktivama odmah učine efikasnim i obavezujućim za privatna lica, a ove direktive, po svojoj definiciji, ne bi trebale da obavežu građane, već samo države.

Istovremeno, ovaj fenomen podstiče sve veću nesigurnost u utvrđivanju propisa koji se konkretno mogu primeniti na sporove, posebno "horizontalnih propisa", odnosno propisa koji uređuju odnose između privatnih lica.

Kao što je istaknuto u uvodu, predmetna nesigurnost poprima sistemski karakter. S tim u vezi, trebalo bi razmisliti o neskladu koji dovodi u međusobni sukob neke principe evropskog prava, poput principa o procesnoj autonomiji država članica, s intervencijama Suda pravde, koje su se često oslanjale na cilj efektivne primene evropskog prava da bi formulisale (ili protumačile) nacionalna prava koja se odnose na službeno utvrđivanje pitanja nevaljanosti ugovornih klauzula, propisa itd. Ako se, u cilju postupnog usklađivanja i konsolidacije standarda za zaštitu Unije, intervencija Suda pravde može opravdati i ako je ona poželj-

na, ne sme se ignorisati da sredstvo odabrano za postizanje ovog cilja predstavlja jasno i invazivno mešanje evropskog suda u nacionalno pravo,⁴³ tako da je u suprotnosti i sa samim principom procesne autonomije koja tradicionalno upravlja (ili bi trebalo da upravlja) odnosima između evropskog zakonodavstva i nacionalnog zakonodavstva.

U ovakvom kontekstu radikalno se menja i odnos između izvora evropskog prava. Danas više nije moguće podržati jasne razlike po pitanju strukture i svrhe koje postoje između propisa i direktiva, s obzirom da direktive, s jedne strane, sve više imaju za cilj da ograniče slobodno nahođenje (uključujući i slobodu postupanja) država članica (štaviše delimično u suprotnosti sa samom prirodom "izvora" direktive); s druge strane, direktive se mogu direktno primeniti, čak i ako nisu sprovedene, i to samo na osnovu interpretacije koju je Sud pravde odlučio da im dâ.

Zapravo izgleda da su uloga i autonomija sudske prakse EU stvarna varijabla koja podriva ravnotežu sistema. Suočeni sa zakonodavnom (i, na opštem nivou, političkom) delatnošću koja se sve više bori da izmiri posebne interese država članica, njihove predrasude i nepoverenje u same procese integracije zakona, sudije Suda u Luksemburgu preuzele su velik deo tereta pravne standardizacije unutar Unije, koristeći opšte referencije u odnosu na ideju korisnog učinka ugovora, koji se efektivno mogu primeniti ili u odnosu na svrhu integracije, kako bi faktički obavljali kreativnu delatnost. Uostalom, privilegovani sagovornik Suda pravde nije nacionalni zakonodavac, već nacionalni sudija (ili drugi subjekti koji treba da primene evropsko pravo) koji, "preskače" formalni podatak koji predstavlja interni propis i njegova formulacija i koji koristi usklađeno tumačenje i pridržava se presuda Suda pravde i tako uticajno deluje na razvoj nacionalnog prava.

Jasno je da se ova logika zasniva na izvodljivosti dijaloga između sudija/organa vlasti (evropskih i nacionalnih organa vlasti), dok isključuje zakonodavce, čija aktivnost tradicionalno garantuje sigurnost i ujednačenost propisa.

Ako se doda činjenica da su odluke koje donese Sud pravde obavezujuće, ne samo za sudiju (ako su u pitanju interpretativne odluke) ili za Državu kojoj su upućene (ako se radi o odlukama koje utvrđuju prekršaj), već i za *sve sudije svih država članica* u kojima postoje situacije identične (a ne samo slične) onoj koja je predmet odluke Evropskog suda, proizilazi da rekonstrukcija primenljivih propisa, koju treba da izvrši nacionalni sud ili subjekt koji taj propis treba da primeni,

⁴³ Na ovu temu, Diana Urania Galetta, "Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE", *L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti*, (ed. P.L. Portaluri), cit., 121 i dalje, zadržava se na prethodnom pitanju i na kritičnim profilima koji se javljaju.

često treba da se izvrši iznova, s obzirom da je teško da se poklope odluke donete u sporovima koji se skoro nikada ne mogu u potpunosti preklopiti, već su eventualno slični, ali se ne podudaraju.

Uostalom, ovo je učinak principa *direktne primene* i *usklađene interpretacije*, od kojih je prvi princip usredsređen na jačanje evropskog prava, pa tako preskače zakonodavca, dok drugi princip garantuje prostor nacionalnom tumaču propisa da može da postupa ali uz poštovanje ciljeva zakonodavstva EU. Na kraju ovog dugog “lanca” međuinstitucionalnog dijaloga nalazi se građanin koji je dužan da poštuje zakonski propis ili koji iz tog propisa crpi svoja prava. Taj isti građanin nalazi se faktički u teškoj situaciji jer ne poznaje konkretno rešenje koje se može primeniti na njegov lični slučaj, a koje zavisi od nestalnih interpretacija koje su date u cilju usklađivanja propisa. Ishod logičkog procesa je neizvestan ili ga je barem teško unapred proračunati.

Iz navedenog proizilazi da pravna nesigurnost predstavlja, barem delimično, visoku cenu koju treba platiti za evropsku integraciju.

Prof. Dr. GIAN ANTONIO BENACCHIO
Full Professor, Faculty of Law
Trento University

EUROPEAN LAW, NATIONAL LAW AND (UN)CERTAINTY OF LAW

Summary

One of the fundamental values of any legal system is the principle of certainty of law, whose highest expression is its encoding in the various bodies of law. However, today this value is strongly, albeit inadvertently, called into question by the European Union – in particular, by a set of principles, and related mechanisms, designed to ensure uniformity of law across the EU Member States. These include the principle of primacy of EU law over the laws of its Member States, the principle of the disapplication of national laws that are incompatible with EU law (including the provisions of directives that have not yet been implemented, or that have implemented in a manner deemed incorrect), the principle of interpretation of national law in conformity with EU law and, above all, the conclusive and binding effect of the judgments of the EU Court of Justice even when they provide a ‘unique’ or unusual interpretation, not expressly provided for in EU law. These principles are now well-established benchmarks in supreme and national courts as well, to the extent that there has been a radical shift in the system and hierarchy of sources of law in each legal system of the EU Member States, at the expense of citizens, businesspeople and legal practitioners, who all find it hard to identify the exact rule to apply to specific cases.

Key words: certainty of law, European Union, primacy of EU law, Court of Justice, disapplication of national law

Literatura

- Ajani G., “Trapianto di norme 'informato' e globalizzazione: alcune considerazioni”, *Studi in onore di Aldo Frignani : nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, (ed. G. Ajani et al.), Jovene, Napoli, 2011.
- Cozzio M., “Il ruolo creativo della giurisprudenza nella disciplina degli appalti pubblici”, *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, (ed. G.A. Benacchio, M. Cozzio), EGEA, Milano, EGEA, 2012.
- Cozzio M., Tozzo E., “Subcontracting Limitation as Expressed by Italian Legislation of Public Contracts Does Not Comply with European Law”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2020.
- Daniele L., “Tendenza attuale della giurisprudenza comunitaria in merito alla nozione di norme direttamente efficaci”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1995.
- Elischer D., Frinta O., Pauknerová M., “Recodification of Private Law in the Czech Republic”, *The Scope and Structure of Civil Codes*, (ed. J.C. Rivera), Springer, Dordrecht, 2013.
- Gabrielli E., Fusaro A., “La riforma dei contratti in Francia”, *Giurisprudenza italiana*, 2018.
- Galetta D.U., “Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE”, *L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti*, (ed. P.L. Portaluri), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012.
- Graziadei M., “The Functionalist Heritage”, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, (ed. P. Legrand, R. Munday), Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Grossi P., “Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro”, *Codici. Una riflessione di fine millennio*, (ed. P. Cappellini, B. Sordi), Giuffrè, Milano, 2001.
- Grossi P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007.
- Irti N., *Letà della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999.
- Marino D., *Il nuovo codice civile rumeno fra tradizione e innovazione*, EUT, Edizioni Università Trieste, 2020.
- Navarretta E., “La causa e la réforme du Code civil francese”, *Persona e Mercato*, 2018.
- New Civil Codes in Hungary and Romania*, (ed. A. Menyh rd, E. Veress E., Cham), Springer, 2017.
- Patti S., “Ricodificazione”, *Rivista di diritto civile*, 2018,
- La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese*, (ed. D. Valentino), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.
- Sacco R., “Codificazione, ricodificazione, decodificazione”, *Digesto, discipline privatistiche – Sez. Civ.*, Torino, 2010.

- Sandulli M.A., “Riflessioni sulla responsabilità civile degli organi giurisdizionali”, *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, (ed. P.G. Portaluri), Università del Salento, Napoli, 2012.
- Terlizzi G., “Erosione e scomparsa della clausola dei 'buoni costumi' come limite all'autonomia contrattuale”, *Persona e Mercato*, 2018.
- Vettori G., “L'ordonnance sulla riforma del contratto in Francia”, *Persona e Mercato*, 2018.
- Zimmermann R., “Il BGB e l'evoluzione del diritto civile”, *Contratto e impresa: Europa*, 2004.
- Zweig S., *Il mondo di ieri*, Garzanti, Milano, 2014.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 03.10.2020.

Prihvaćen: 22.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

