

Ivana JELIĆ*

PROTOKOL BR. 16 UZ EVROPSKU KONVENCIJU O LJUDSKIM PRAVIMA: NOVA FORMA PRAVOSUDNOG DIJALOGA POD OKRILJEM STRAZBURA*

Apstrakt: Potreba za razvijanjem pravosudnog dijaloga unutar organizacije Savjeta Evrope, odnosno između Evropskog suda za ljudska prava i nacionalnih sudova država članica, i višegodišnji naponi da se on unaprijedi, konačno su rezultirali stupanjem na snagu Protokola br. 16 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, čime je proširena savjetodavna nadležnost Evropskog suda za ljudska prava. Nakon pet godina od tada, i Crna Gora je prihvatila ovaj evropski pravni instrument, iskazavši spremnost za pravosudni dijalog, ukoliko Vrhovni sud Crne Gore ili Ustavni sud Crne Gore budu zahtijevali savjetodavno mišljenje po određenom aktuelnom pravnom pitanju.

U ovom radu autorka razmatra ključne aspekte u vezi s Protokolom br. 16, odnosno njegovom primjenom, postupkom, svrhom i značajem, i analizira dosadašnju relevantnu praksu Suda u Strazburu, konstatujući razloge koji idu u prilog ovom, relativno novom, instrumentu.

Ključne riječi: Evropski sud za ljudska prava, nadležnost, načelo subsidiarnosti, dijalog, savjetodavna mišljenja

* Prof. dr Ivana Jelić, sutkinja Evropskog suda za ljudska prava

** Mišljenja, konstatacije i zaključci, iznijeti u ovom radu, pripadaju isključivo autorki i ne odražavaju stav institucije u kojoj radi.

1. UVODNI OSVRT

Kada je prije nepunih desetak godina, 2. oktobra 2013. godine, usvojen tekst Protokola 16. uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i, ujedno, otvoren za potpisivanje Visokih strana ugovornica Konvencije, entuzijazam za ovaj ugovor bio je veći od realnosti koja je uslijedila. Tadašnji predsjednik Evropskog suda za ljudska prava, sudija Guido Rajmondi, je izjavio da će „Protokol br. 16 ojačati dijalog između Evropske konvencije o ljudskim pravima i nacionalnih najviših sudova”.¹ Doista, Protokol br. 16 postao je važno sredstvo za unapređenje i podsticanje dijaloga o razvoju evropskog prava ljudskih prava u Evropi.

Kao što je i Parlamentarna skupština Savjeta Evrope potvrdila, ovaj protokol funkcioniše kao svaki drugi ugovor koji države treba da potpišu i potom ratifikuju da bi stupio na snagu.² On dopunjava Konvenciju, ali njegova primjena i domašaj zavise od broja ratifikacija.

Iako je stupio na snagu nakon nepunih pet godina od usvajanja (što je relativno na vrijeme, imajući u vidu duge nacionalne procedure povodom ratifikacije), i to deponovanjem ratifikacionog instrumenta Francuske, čiji je, i stvarni i simbolički, značaj neprikosnoven za Savjet Evrope, kojem je država sjedišta, do danas broj ratifikacija nije dostigao ni polovinu članstva. Od 46 država, članica Savjeta Evrope i Visokih strana ugovornica Konvencije, ratifikovalo ga je 19.³ Posljednja je to učinila 14. februara 2023. godine Crna Gora, u odnosu na koju će Protokol stupiti na snagu 1. juna 2023. godine.⁴

Pitanja koja se nameću u praksi vezana su za dileme o potrebi Protokola, te za razloge koje neke države ističu protiv njega, opovrgavajući njegovu svrhu i povezujući je sa potencijalnim miješanjem u nezavisnost domaćeg pravosuđa, što njegovo opšte prihvatanje može učiniti kontroverznim pitanjem. A, imajući u vidu da ga nijesu potpisale neke velike države, kao što su Njemačka i Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i

¹ Antoine Buyse, *Protocol 16 Enters into Force on 1 August 2018*, ECHR Blog, 12. 04. 2018.

² Enrico Albanesi, *The European Court of Human Rights' Advisory Opinions Legally Affect Non-ratifying States: A Good Reason (From a Perspective of Constitutional Law) to Ratify Protocol No. 16 to the ECHR*, European Public Law 28: 1 (2002).

³ www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty-num=214

⁴ www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=214&codeNature=10&codePays=MOT

Sjeverne Irske, te da su neke pokazale početni entuzijazam, potpisavši ga vrlo brzo nakon stavljanja u proceduru, tj. otvaranja za potpisivanje, kao što su to učinile Italija, Turska i Norveška, ali od ratifikacije zasad nema ništa,⁵ traženje odgovora na pomenute dileme upućuje na pravni i politički kontekst problema.

Pravni odgovor na ove dileme daje Sud u Strazburu, kroz svoju jurisprudenciju. Sud, i na taj način, komunicira sa domaćim, odnosno nacionalnim sudovima. Zapravo, radi se o novoj formi pravosudnog dijaloga na relaciji Evropski sud u Strazburu — najviši nacionalni sudovi Visokih strana ugovornica. Kada je u pitanju pravosudni dijalog između sudova za ljudska prava, bilo na regionalnom, bilo na globalnom nivou, dijalog se „ocjenjuje kao svrshodan, jer sudovi sebe vide kao ugrađene u globalni pravni sistem ljudskih prava i doprinose mu”.⁶

Razlozi koji idu u prilog potrebi i značaju Protokola, a koji proističu iz analize jurisprudencije Suda, dominantni su i stoje čvrsto naspram razloga nekih nacionalnih politika, koje ga osporavaju. Argumenti koji afirmišu ulogu i značaj Protokola suštinski čine glavni predmet ovog rada.

2. POSTUPAK POVODOM ZAHTJEVA ZA SAVJETODAVNA MIŠLJENJA PO PROTOKOLU BR. 16

Postupak po Protokolu služi jačanju saradnje između Evropskog suda za ljudska prava i najviših nacionalnih sudova, u skladu sa principom supsidijarnosti, kako se ističe u preambuli Protokola 16. Ovdje je, takođe, istaknuto da će „proširenje nadležnosti Suda da daje savjetodavna mišljenja dodatno poboljšati interakciju između Suda i nacionalnih vlasti i na taj način ojačati primjenu Konvencije,⁷ pokazujući da je tražena korist od ovog protokola da pruži dodatna pojašnjenja o Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. Ovo, itekako, ima smisla s obzirom na to da preostaje mnogo pitanja u vezi s primjenom Konvencije i protokola uz nju, posebno u svjetlu novih dešavanja u Evropi, ili novih pravnih situacija,

⁵ *Op. cit.*, fusnota br. 3.

⁶ Wayne Sandholtz: *Human rights courts and global constitutionalism: Coordination through judicial dialogue*, U: *Global Constitutionalism*, Volume 10, Issue 3, November 2021, str. 439.

⁷ *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Council of Europe (2. X 2013).

nastalih razvojem društva i društvenih odnosa, koje tvorcima Konvencije nijesu mogli ni pretpostaviti prije 73 godine.

Protokol suštinski dopunjuje postojeću saradnju nacionalnih sudova i Suda u Strazburu. On je, zapravo, nadogradnja na pravosudnu saradnju, a koja je istaknuta i članom 35 Konvencije, prema kojem se individualne predstavke mogu podnijeti tek nakon što se iscrpe svi nacionalni pravni lijekovi.

Prema članu 1 Protokola br. 16, „najviši sudovi i tribunalni Visoke strane ugovornice, (...) mogu tražiti od Suda da daje savjetodavna mišljenja o načelnim pitanjima koja se odnose na tumačenje ili primjenu prava i sloboda definisanih u Konvenciji ili protokolima uz nju. A, prema članu 10 ovog protokola „države članice moraju da definišu koji sudovi ispunjavaju uslov „najviših sudova” u trenutku potpisivanja ili prilikom deponovanja svog instrumenta ratifikacije, prihvatanja ili odobrenja, putem izjave upućene generalnom sekretaru Savjeta Evrope”. Crna Gora je, prilikom deponovanja ratifikacionog instrumenta, izjavila da su sudovi određeni za potrebe člana 1 stav 1. Protokola Vrhovni sud Crne Gore i Ustavni sud Crne Gore.⁸

Prema članu 1 stavu 2. Protokola, zahtjev za savjetodavno mišljenje može se podnijeti samo u vezi sa neriješenim slučajevima, tj. onima o kojima nacionalni sudovi treba da odluče, a prema stavu 3 istog člana, sud koji je podnio zahtjev mora „ (...) da navede razloge za svoj zahtjev i da pruži relevantnu pravnu i činjeničnu pozadinu slučaja u pitanju”.

Kada nacionalni sud želi da zatraži savjetodavno mišljenje od Suda u Strazburu, treba da podnese zahtjev kao konkretnu predstavku, koja se mora odnositi na predmet koji razmatra nacionalni sud, koji mora detaljno da navede koje je to pravno pitanje o kojem treba da odluči, te kojeg ljudskog prava i slobode, koje štiti Evropska konvencija, se ono direktno tiče.⁹ Dakle, Evropski sud zahtijeva konkretne bitne informacije, a koje se odnose na predmet, pravnu i činjeničnu pozadinu, domaće pravne odredbe i sažetak argumenata. Zahtjev, takođe, treba da istakne relevantna konvencijska pitanja, sa naglaskom na određena prava i slobode. Ukoliko postoji potreba da se hitno razmatra zahtjev, nacionalni sud treba da to istakne i obrazloži.

⁸ *Op. cit.*, fusnota br. 4.

⁹ *Guidelines on the Implementation of the Advisory-opinion Procedure Introduced by Protocol No. 16 to the Convention*, Council of Europe, Strasbourg (18 September 2017).

Analizirajući postupak po Protokolu br. 16, jasno je da on daje određenom nacionalnom sudu priličan stepen fleksibilnosti da razmotri da li je određeni slučaj relevantan i koji se njegovi djelovi odnose na Konvenciju. Ovo promoviše saradnju i partnerski odnos između dva pravosuđa, evropskog i nacionalnog, ali i podstiče pravosuđe države da uradi sopstvenu analizu Konvencije i usklađenosti nacionalne prakse sa praksom Suda u Strazburu.

Prema članu 2 Protokola, panel od pet sudija Velikog vijeća razmatra zahtjev za savjetodavno mišljenje i odlučuje da li on ispunjava kriterijume za dobijanje savjetodavnog mišljenja. Generalno, ova odluka se svodi na to da li se postavljeno pitanje odnosi na fundamentalno pravo i slobodu koje štiti Konvencija. Ako panel glasa za odbijanje zahtjeva, treba da navede razloge za to. Ako glasa za njegovo prihvatanje, onda će Veliko vijeće od 17 sudija donijeti savjetodavno mišljenje.

Prema članu 3 Protokola, Komesar za ljudska prava Savjeta Evrope i Visoka strana ugovornica mogu da podnosu pisane komentare i učestvuju u svim raspravama. Nadalje, predsjednik Suda može, u interesu pravilnog upravljanja pravdom, pozvati bilo koju drugu Visoku stranu ugovornicu ili bilo koje lice da podnese pismene komentare ili učestvuje u raspravi.

Transparentnost postupka, u smislu obrazloženja i objavljivanja odluke po zahtjevu za savjetodavno mišljenje, kao i mogućnost izdvojenog mišljenja sudije Velikog vijeća, propisani su članom 4 Protokola.

Sud, takođe, razmatra savjetodavna mišljenja kao dio svoje prakse, na koju će se pozivati u presudama i odlukama po pojedinačnim predstavkama, iako savjetodavno mišljenje neće imati direktni efekat na kasnije predstavke.¹⁰

Iako savjetodavna mišljenja daje Veliko vijeće, član 5 Protokola izričito predviđa da ona neće biti obavezujuća. No, ona imaju autoritet kao i sva istorodna mišljenja međunarodnih sudova. Ona su, dakle, pravno relevantna,¹¹ a eventualna odstupanja u postupanju će zahtijevati detaljna objašnjenja nacionalnog suda koji je podnio zahtjev. Za pretpostaviti je

¹⁰ Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Strasbourg, 2. X. 2013, par. 27. Dostupan: <https://rm.coe.int/16800d383e>

¹¹ *Maria Dicosola, Cristina Fasone, Irene Spigno*, The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System, *German Law Journal* 2015, 1387, (1389).

da, ako bi nacionalni sud odbio da se pridržava savjetodavnog mišljenja koje je izdao Evropski sud, na njegov zahtjev, i ako bi strana koja je izgubila spor pred nacionalnim sudom podnijela individualnu predstavku u skladu sa članom 34 i ispunila uslove člana 35 Konvencije, bi teško bilo i zamisliti da Sud u Strazburu tu predstavku ne bi smatrao osnovanom.

Kao što se vidi, ovaj postupak obezbjeđuje i proširuje pravosudni dijalog. S obzirom na to da se u savjetodavnom mišljenju raspravlja o sveobuhvatnim konvencijskim pitanjima, važno je što komesar za ljudska prava ima mogućnost da se izjasni, kao i to što predsjednik Suda ima mogućnost da pozove i druge učesnike, ako smatra da je potrebno iz razloga pravde.

Svrha savjetodavnih mišljenja je da razjasne pojedina pitanja u Konvenciji koja mogu uticati na ljude i van pojedinačnog slučaja. Ovo je posebno značajno za razvoj demokratije i ostvarivanje vladavine prava u tzv. novim demokratijama, ili državama u tranziciji, kakva je i Crna Gora, a koje treba da reformišu pravosuđe i obezbijede bolju funkcionalnost institucija.

Značaj i prednost Protokola br. 16 je i u tome što proširuje mogućnosti Suda da daje savjetodavna mišljenja izvan postojeće prakse po članu 47 Konvencije.¹² Dakle, od stupanja na snagu ovog protokola, nije više samo Komitet ministara taj koji može zatražiti savjetodavno mišljenje od Suda, već, kako vidimo, i nacionalni sudovi koje odredi Visoka strana ugovornica. Štaviše, savjetodavna mišljenja po Protoklu br. 16 mogu se baviti i pitanjima koja se odnose na sadržaj i obim prava iz Konvencije. Ovo dopunjuje institut savjetodavnog mišljenja unutar konvencijskog sistema i podstiče dijalog između evropskog pravosuđa na nivou Savjeta Evrope i država članica.

¹² Do sada je Sud u Strazburu donio tri savjetodavna mišljenja po članu 47 Konvencije, i to:

1) A47-2008-001: Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights, 12. 02. 2008.

2) A47-2010-001: Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights (no. 2), 22. 01. 2010. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22003-3004688-3312583%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22003-3004688-3312583%22])

3) A47-2004-001: Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion 02. 06. 2004.

3. JURISPRUDENCIJA

Iako je Protokol još uvijek relativno mlad, nekoliko zahtjeva po njemu našlo se pred Evropskim sudom za ljudska prava, koji je dosad donio pet savjetodavnih mišljenja i jednu odluku o odbacivanju zahtjeva za savjetodavno mišljenje.¹³ Neki zahtjevi za savjetodavno mišljenje su u fazi razmatranja.

Ovi predmeti mogu koristiti za pružanje dodatnog uvida u ovu novu nadležnost Evropskog suda za ljudska prava, i kako funkcioniše odnosni postupak. Time dolazi do izražaja svrha i značaj savjetodavnih mišljenja po Protokolu br. 16, tog relativno novog evropskog pravnog instituta.

3. 1. Savjetodavno mišljenje u vezi sa priznavanjem u domaćem zakonu pravnog odnosa roditelj–dijete između djeteta rođenog kroz gestaciono surogat majčinstvo u inostranstvu i namjeravane majke

U prvom predmetu u kojem je Sud odlučivao po osnovu Protokola 16, a mišljenje objavio u aprilu 2019. godine, tema je bila pravno majčinstvo

¹³ Prema zvaničnoj bazi Suda u Strazburu, HUDOC, to su pet mišljenja:

1) P16–2021–002: Advisory opinion on the difference in treatment between landowners' associations „having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters' association” and landowners' associations set up after that date;

2) P16–2021–001: Advisory opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture;

3) P16–2020–002: Advisory opinion on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings;

4) P16–2019–00: Advisory opinion concerning the use of the „blanket reference” or „legislation by reference” technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law;

5) P16–2018–001: Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother;

I jednoj odluci o odbijanju: P16–2020–001: Decision on a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 concerning the interpretation of Articles 2, 3 and 6 of the Convention.

namjeravane majke u slučaju začeca u inostranstvu i to putem surogat majke.¹⁴

U pozadini ovog predmeta je predmet *Mennesson protiv Francuske*.¹⁵ Radi se o predmetu francuskog bračnog para, koji je otputovao u SAD da bi začeo dijete posredstvom surogat majke, jer je to bilo nezakonito u Francuskoj. Ubrzo su saznali da je postupak *in vitro* oplodnje surogat majke uspio i da ona nosi blizance, čiji je biološki otac bio suprug u bračnom paru Mennesson. Kada se porodica vratila u Francusku, suočili su se sa krivičnom istragom kada je supruga, gđa Mennesson, ustvrdila da je majka djece. Slučaj je stigao pred Evropski sud za ljudska prava, a ovaj je proglasio da je francuska vlada prekardašila time što nije obezbedila neki način da supruga i namjeravana majka postane i pravna majka djece. Time je prekršeno pravo djeteta na privatni život iz člana 8 Konvencije. Sud je ustanovio da nije došlo do kršenja prava na porodični život prva dva podnositelja predstavke, odnosno gospodina i gospođe Mennesson, ali da jeste povrijeđeno pravo na privatni život treće i četvrte podnositeljke, a to su bliznakinje rođene putem surogat aranžmana u SAD.¹⁶

Kako bi sprovela ovu presudu, francuska vlada je promijenila svoj zakon, ustanovivši da dijete može biti začeto u inostranstvu surogat majčinstvom i dobiti francusko državljanstvo ako je namjeravani otac ujedno i biološki otac. Prema tom zakonskom rješenju, majka nije mogla biti navedena kao biološka majka, ali je mogla usvojiti dijete. Francuski bračni par nije bio zadovoljan ovom odlukom, pa su uložili tužbu pred Kasacionim sudom, koji je podnio zahtjev za savjetodavno mišljenje Evropskom sudu za ljudska prava, na osnovu čega je donijeto prvo savjetodavno mišljenje po Protokolu br. 16.

Kasacioni sud je tražio da Evropski sud za ljudska prava preispita da li je novim zakonom prekršen član 8 Konvencije na isti način kao što je to činio prethodni zakon. Evropski sud za ljudska prava jednoglasno je donio savjetodavno mišljenje, u kojem je utvrdio da novi zakon nije prekršio član 8 Konvencije. Sud je ustanovio da je Francuska postigla

¹⁴ Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, no. P16–2018–001 (10 April 2019).

¹⁵ *Mennesson v. France*, App. No. 65192/11, ECHR 2014, dostupno na: MENNESSON v. FRANCE [Extracts] (coe. int)

¹⁶ *Ibid.*

balans u ostvarivanju ciljeva sopstvene politike, a da ne diskriminiše različite tipove porodica, te da Francuska ima razloga da obeshrabrjuje surogat trudnoću. Ali, kao što je Evropski sud za ljudska prava vidio u mnogim slučajevima, porodice pronalaze put da postanu roditelji putem aranžmana sa surogat majkom, i to odlaskom u inostranstvo gdje je ovo dozvoljeno. Kada se to dogodi, ako se jedan od supružnika u braku ne bi mogao proglasiti roditeljem djeteta u ovoj situaciji, onda bi to dijete moglo da izgubi neka prava, kao što su nasljedna. Ta nemogućnost proglašenja namjeravane majke za pravnu majku, prema prethodnom zakonu, na koji su se Mennessoni žalili, bila je razlog što je Sud u Strazburu ustanovio da je Francuska ranije prekršila član 8 u odnosu na djecu. Ali prema novom francuskom zakonu, oba supružnika mogu da postanu roditelji, samo što bi majka morala da bude usvojiteljka umjesto biološke majke. S obzirom na to da usvojitelji nemaju ništa manja prava od bioloških roditelja u Francuskoj, kao i da djeca imaju ista prava u odnosu na biološkog roditelja i usvojioca, ovim zakonskim rješenjem pravda je postignuta.

Bez obzira šta neko misli o surogat majčinstvu, ovaj slučaj pokazuje da je Protokol 16 funkcionisao upravo onako kako je zamišljen, te da je njegova svrha postignuta. Naime, Evropski sud za ljudska prava je prethodno donio ključnu presudu koja se tiče konkretnog slučaja i cjelokupnog pitanja.¹⁷ Francuska je pokazala da je spremna da se pridržava ove presude i izmijenila svoj zakon.¹⁸ Dakle, umjesto da je francuski sud vodio novi postupak po ovom pitanju, što bi bilo manje produktivno od puta koji je izabrao, on je zatražio savjet od Evropskog suda o konkretnom predmetu o kojem je trebalo da odluči. Evropski sud je, izdavanjem savjetodavnog mišljenja francuskom kasacionom sudu, poručio da je novi zakon ispravio grešku i da je novo rješenje dobro. Ovako se odvijao efikasniji pravosudni dijalog, a utrošeno je manje vremena i sredstava. Naravno, s obzirom na to da je francuski kasacioni sud dobrovoljno zatražio mišljenje Evropskog suda, njegovo ozbiljno razmotranje savjetodavnog mišljenja, bez obzira na ishod, bilo je očekivano.

Imajući u vidu da se pitanje surogat majčinstva često pojavljuje u Evropi, i da mnoge države razmatraju kako da najbolje riješe to pitanje, ovo savjetodavno mišljenje služi kao putokaz. Konačno, surogat majčinstvo

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Op. cit.*, fusnota 14.

je postalo dodatna realnost, jer se danas lako putuje i postoji trend formiranja tzv. netradicionalnih porodica, pa bi Sud mogao očekivati razvoj ovog pitanja i dodatne zahtjeve u vezi s njim.

3. 2. Savjetodavno mišljenje u vezi sa upotrebom tehnike „blanko reference” ili „zakona putem reference” u definiciji krivičnog djela i standardima poređenja između krivičnog zakona, koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela i izmijenjenog krivičnog zakona

Drugi zahtjev za savjetodavno mišljenje uputio je Ustavni sud Jermenije, a Sud u Strazburu odlučio po zahtjevu u maju 2020.¹⁹ Predmet se ticao perioda kada je bivši predsjednik Jermenije Robert Kočarjan optužen da je pokušao da obori ustavni poredak Jermenije, proglašavanjem vanrednog stanja, kako bi ostao na vlasti. To se dogodilo 2008. godine, a dio zakona po kojem mu se stavlja na teret to krivično djelo izmijenjen je 2009. godine. Postavilo se pitanje da li bi osuđivanje Kočarjana prekršilo član 7 Konvencije, koji propisuje nederogativni princip legaliteta, s obzirom na to da zakon u sadašnjoj formi nije postojao kada je Kočarjan počinio ove radnje. Ustavni sud Jermenije zatražio je od Suda u Strazburu da preispita da li bi član 7 Konvencije bio prekršen u konkretnom slučaju.

Zanimljivo je da ovaj put Evropski sud za ljudska prava nije dao čvrsto mišljenje o konkretnom predmetu, kao što je to uradio u svom prvom savjetodavnom mišljenju. Umjesto toga, Veliko vijeće je analiziralo svoju dosadašnju sudske praksu u slučajevima koji se tiču retroaktivnih zakona. Na osnovu sudske prakse, Evropski sud za ljudska prava je savjetovao da je u ovakvim situacijama uticaj promjene zakona ono što je bitno. Naravno, zakon često nije tako jasan. U konkretnom slučaju, definicije krivičnih djela „uzurpacije vlasti” i „rušenje ustavnog poretka” su promijenjene, ali su kazne za njih ostale iste. Dakle, pitanje se svelo na to da li su promjene bile manje ili više blage prema Kočarjanu ili bilo kom optuženom. Evropski sud za ljudska prava podstakao je pravni sistem Jermenije da napravi ovu razliku.²⁰

¹⁹ Advisory opinion concerning the use of the „blanket reference” or „legislation by reference” technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law, no. P16–2019–001 (29 May 2020).

²⁰ *Ibid.*

Ovaj predmet zanimljivo je različit od francuskog, gdje je Sud pružio Francuskoj razjašnjenje u konkretnom slučaju, iako mišljenje nije bilo obavezujuće. U ovom predmetu, po zahtjevu jermenskog ustavnog suda, pak, Evropski sud za ljudska prava je u velikoj mjeri napisao mišljenje kako bi usmjerio različite pravosudne sisteme u ovakvim situacijama, gdje postoji mnoštvo krivičnih djela. Skoro svaki zakon će imati definicije krivičnih djela, a one se mogu mijenjati iz raznih razloga. S obzirom na to da je ovo bilo tek drugo savjetodavno mišljenje po Protokolu br. 16, Sud je vjerovatno još uvijek radio na tome kako da maksimalno iskoristi ovaj pravni institut. Dakle, dobro je što je Sud pokušao nešto novo, a ne samo razjašnjenje konkretnog pitanja. Pored toga, rasprava o sudskoj praksi pružila je korisne smjernice za ostale države članice organizacije.

3. 3. Odluka o zahtjevu za savjetodavno mišljenje po Protokolu br. 16 povodom tumačenja članova 2, 3 i 6 Konvencije

Sljedeća rasprava Evropskog suda za ljudska prava o zahtjevu za savjetodavno mišljenje, koje je podnio Vrhovni sud Slovačke, rezultirala je njegovim odbijanjem.²¹ Naime, u Slovačkoj je jedan policajac osuđen zbog nanošenja tjelesnih povreda i nereda. Ministarstvo unutrašnjih poslova Slovačke je sprovelo početnu istragu, kao tijelo nadležno za krivično gonjenje svojih službenika. Policijski službenik je tvrdio da ovo predstavlja sukob interesa i da su, kao rezultat toga, povrijeđena njegova prava iz člana 2, pravo na život, člana 3, pravo da ne bude podvrgnut nehumanom postupanju i člana 6, pravo na pravično suđenje. Kada je slučaj stigao do Vrhovnog suda Slovačke, zatraženo je savjetodavno mišljenje o tom pitanju.

Evropski sud za ljudska prava je odbio ovaj zahtjev, ističući da je Vrhovni sud Slovačke ranije rješavao po ovom pitanju. Vrhovni sud Slovačke je ranije ustanovio da će tuženi imati pravičan postupak sve dok ima pristup pravičnom sudu, koji može u dovoljnoj mjeri da razmotri njihove tužbe. Evropski sud za ljudska prava je napomenuo da je važno ograničiti upotrebu savjetodavnih mišljenja na situacije u kojima je najviši sud neke države na gubitku i da bi imenovani sudovi trebalo da pokušaju da sami riješe svako pitanje ako mogu.

²¹ Decision on a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 concerning the interpretation of Articles 2, 3 and 6 of the Convention, no. P16-2020-001 (14 December 2020).

Ova odluka je bila još jedan važan iskorak u procesu davanja savjetodavnih mišljenja s obzirom na to da je Evropski sud za ljudska prava prvi put odbio zahtjev za savjetodavno mišljenje i to obrazložio. Srž ovog odbijanja je pružanje više informacija o tome kada će Evropski sud odbiti zahtjev za savjetodavno mišljenje, a između ostalog to će uraditi kada osnovano vjeruje da je imenovani sud već riješio to pitanje.

3. 4. Savjetodavno mišljenje o ocjeni, prema članu 3 Protokola br. 1 uz Konvenciju, srazmjernosti opšte zabrane kandidovanja na izborima nakon razrješenja sa funkcije u postupku opoziva

Četvrti predmet uslijedio je na zahtjev Vrhovnog upravnog suda Litvanije, a Sud u Strazburu je odlučio u aprilu 2022. godine.²² U pozadini je bio predmet u vezi sa bivšom članicom litvanskog parlamenta koja je opozvana 2014. godine, a koja je potom pokušala da se kandiduje za taj parlament 2020. godine, ali je Ustavni sud Litvanije odlučio da ona nije podobna, jer je prekršila svoju zakletvu i Ustav tako što se nije pojavila na svom radnom mjestu kada je pobjegla u SAD, kako bi izbjegla krivičnu istragu u Litvaniji. Bivša članica parlamenta je osporila tu presudu, tvrdeći da je Evropski sud za ljudska prava presudio ranije protiv Litvanije, kada Ustavni sud nije dozvolio bivšem predsjedniku da se pridruži parlamentu u slučaju *Paksas protiv Litvanije*.²³ Kao rezultat toga, Vrhovni upravni sud Litvanije zatražio je od Evropskog suda za ljudska prava savjetodavno mišljenje o tome da li je prekršen član 3 Protokola br. 1 uz Konvenciju, odnosno pravo na slobodno učešće na izborima.

Kao i povodom jermenskog predmeta, Evropski sud za ljudska prava nije donio u svom mišljenju odluku o nekom pravnom pitanju iz zahtjeva, već je izložio kriterijume koje bi Vrhovni upravni sud Litvanije trebalo da koristi kako bi preispitao pravičnost diskvalifikacije bivše članice parlamenta. U ovom slučaju, ona je stekla negativnu reputaciju u vezi s njenim ponašanjem povodom istrage u prošlim krivičnim djelima. U mišljenju Suda je navedeno da proces treba da bude što objektivniji.

²² Advisory opinion on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings, no. P16–2020–002 (8 April 2022).

²³ *PAKSAS v. LITHUANIA, Application no. 34932/04*. Dostupno na: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-102617"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (14. 2. 2023)

Pored toga, proces treba da razmotri šta je konkretno dovelo do naknadnog opoziva u konkretnom slučaju, i treba da bude transparentan u pogledu razmatranja konačne odluke. Na kraju, proces bi trebalo da obezbijedi najbolji način zaštite funkcionalne demokratije.

Ponovo, ovo mišljenje više prati trend pružanja okvirnih smjernica, nego što daje rješenje specifičnog predmeta. Ovo ima naročito smisla, jer je već postojao konkretan slučaj pred Evropskim sudom za ljudska prava.²⁴ Dakle, bilo bi kontraproduktivno da Evropski sud za ljudska prava odlučuje o svakoj konkretnoj političkoj situaciji. Umjesto toga, ocijenjeno je kao najbolje dati savjetodavno mišljenje koje dodatno pojašnjava kako razraditi i implementirati presudu predmeta *Paksas*. Svaka država se suočava sa korupcijom u vlasti, posebno kada u svakom trenutku ima stotine političara koji rade na različitim funkcijama. Dakle, najbolje je imati mišljenje koje dodatno pojašnjava kako izbalansirati zadržavanje inherentno problematičnih aktera, a da ne dođe do podrivanja demokratskih standarda.

Bez obzira na to za koji se pristup Sud u Strazburu odlučio u davanju savjetodavnog mišljenja, dakle bilo da kroz savjetodavno mišljenje zauzme stav o tome da li je prekršeno individualno pravo, kao u prvom francuskom predmetu, ili da dâ okvir za djelovanje kroz smjernice, važno je istaći da u odnosu na bilo koji predmet za koji je Sud donio savjetodavno mišljenje, teorijski, pojedinci koji vjeruju da su njihova prava povrijeđena mogu na kraju da podnesu sopstvenu predstavku Evropskom sudu za ljudska prava.

U francuskom slučaju, malo je vjerovatno da bi se nešto promijenilo s obzirom na to da je Evropski sud za ljudska prava u suštini otkrio način na koji bi presudio. U slovačkom slučaju, malo je vjerovatno, ali ne i nemoguće, da bi se bilo šta promijenilo s obzirom na to da Evropski sud za ljudska prava nije smatrao da to pitanje vrijedi čak ni izdavanja savjetodavnog mišljenja. Ali, u slučaju Litvanije i Jermenije, Sud je dao pravne smjernice za okvir djelovanja.

U posljednje analiziranom slučaju, Vrhovni upravni sud Litvanije bi mogao da donese okvir koji smatra prikladnim, ali ako presudi protiv bivše članice parlamenta, ona bi mogla da podnese zahtjev Evropskom sudu za ljudska prava, koji bi, možda, mogao da utvrdi da litvanski vrhovni upravni sud nije donio odluku u skladu sa Konvencijom. Dakle,

²⁴ *Ibid.*

kako vidimo, Protokol br. 16 podstiče dijalog, ali ne donosi konačnu odluku Evropskog suda za ljudska prava, čak ni u onim mišljenjima u kojima iznosi konstatacije o pravnom problemu.

3. 5. Savjetodavno mišljenje o zastarjelosti i mučenju

U aprilu 2022. godine, Evropski sud je razmatrao još jedan zahtjev za savjetodavno mišljenje, koji je podnio Kasacioni sud Jermenije.²⁵ U pozadini je bio slučaj iz aprila 2004. godine, kada su dva jermenska policajca maltretirali pojedinca, koji je, nakon iscrpljivanja svih pravnih lijekova na nivou svoje države, podnio predstavku Evropskom sudu za ljudska prava, koji je utvrdio da je došlo do povrede prava prema članu 3 Konvencije. Kao rezultat toga, jermenske vlasti su optužile dvojicu policajaca. Ali krivično djelo, za koje su policajci bili optuženi, moglo se razmatrati po osnovu dvije odredbe koje se odnose na rokove u okviru kojih neko može biti optužen. Za većinu krivičnih djela postojala je zastarjelost od 10 godina. Ali postojala je i odredba koja propisuje da nema ograničenja u vezi sa zločinima protiv mira i čovječnosti ili predviđenim međunarodnim ugovorima, čija je Jermenija Visoka strana ugovornica i koji zabranjuju primjenu rokova zastarjelosti. Kasacioni sud Jermenije podnio je zahtjev za savjetodavno mišljenje za ocjenu ravnoteže između člana 3 Konvencije, u smislu zaštite prava žrtve da ne bude mučena, i člana 7 Konvencije, u vezi s potencijalnim ignorisanjem zastarjelosti optužbi policijskih službenika.

Evropski sud za ljudska prava izdao je savjetodavno mišljenje, koje je pratilo trend posljednjih nekoliko predmeta, dajući smjernice za okvir djelovanja. Dakle, savjetodavno mišljenje nije dalo rješenje o tome na koji način treba da presudi Kasacioni sud Jermenije. Umjesto toga, Sud je dao smjernice kako da se uravnoteže članovi 3 i 7 Konvencije. U mišljenju je istaknuto da je postupak u Jermeniji trajao predugo, ali je član 7 jednako važan kao i član 3, s obzirom na to da se radi o nederogativnim pravima, pa je preporučeno da Kasacioni sud izvrši analizu kako bi ustanovio da li bi primjena člana 3 na ovaj način prekršila prava policijskih službenika iz člana 7.

Ovaj predmet je očigledno obuhvatio težak problem. Iako optuživanja policijskih službenika u ovom slučaju možda i nije najveća nepravda,

²⁵ Advisory opinion concerning the statute of limitations and torture, no. P16–2021–001 (26 April 2022).

ako službena lica u nekoj državi počnu da ne poštuju zakonske odredbe i samovoljno rade ono što misle da je najbolje, to može stvoriti loš precesan za teže nepravde. Dakle, Jermenija, ili bilo koja država koja se bavi ovom vrstom pitanja, treba pažljivo da se pozabavi njime. Kasacioni sud Jermenije je bio u pravu što je zatražio savjetodavno mišljenje, a odluka Evropskog suda za ljudska prava da taj zahtjev prihvati i izda savjetodavno mišljenje bila je opravdana. Imajući ovo mišljenje kao sredstvo, Kasacioni sud može odlučivati o predmetu. Ako žrtva ili policijski službenici smatraju da su njihova prava povrijeđena, oni mogu podnijeti predstavku Evropskom sudu za ljudska prava.

Konačno, rokovi zastarjelosti su kompleksno pitanje u mnogim zakonima. Dakle, ovaj slučaj može pružiti smjernice drugim nacionalnim sudovima koji se bave sličnim pitanjima, ali i podstaći zakonodavce raznih država da promijene svoje zakone, kako bi spriječili ovakve situacije.

3. 6. Savjetodavno mišljenje o razlici u tretmanu između udruženja vlasnika zemljišta „koji imaju priznato postojanje na dan osnivanja odobrenog opštinskog udruženja lovaca” i udruženja vlasnika zemljišta osnovanih nakon tog datuma

Posljednji predmet o kojem je Sud u Strazburu odlučio u formi savjetodavnog mišljenja 2022. godine je po osnovu zahtjeva drugog najvišeg suda Francuske, Državnog savjeta Francuske (*Conseil d'État*).²⁶ U pozadini ovog predmeta je osnivanje opštinskih lovačkih udruženja u Francuskoj. Ova udruženja bi imala pravo da odrede određeno zemljište za lovište. Ideja je bila da zemljište koje nije na ovim prostorima ne bude predmet lova. Kao rezultat toga, ljudi bi i dalje mogli da love, ali veliki dio francuske zemlje bi bio zaštićen od štete po životnu sredinu i smetnje, koje lov može da izazove. Stvaranje ovih udruženja omogućilo je udruženjima zemljoposjednika da povuku svoja zemljišta iz ovih lovišta, ali samo ako su postojala prije formiranja lovnih zona. Pojedinci koji nijesu mogli da povuku svoja zemljišta iz ovih lovišta uložili su tužbe s obrazloženjem da im se time krše njihova svojinska prava. Državni savjet je pitao Evropski sud za ljudska prava da li se u konkretnoj situaciji

²⁶ Advisory opinion on the difference in treatment between landowners' associations „having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters' association” and landowners' associations set up after that date, no. P16–2021–002 (13 July 2022).

pojedininim vlasnicima zemljišta krše njihova svojinska prava i da li se oni suočavaju sa diskriminacijom jer nemaju ista prava kao oni koji bi mogli da povuku svoja zemljišta iz lovišta.

Za razliku od prvog francuskog slučaja, Evropski sud za ljudska prava ponovo se fokusirao na opšti okvir koji bi trebalo da koristi Državni savjet Francuske. U ovom savjetodavnom mišljenju se navodi da ovaj sud treba da ispita da li ove dvije grupe, svojinska udruženja osnovana prije lovišta i ona koja su osnovana poslije, spadaju u djelokrug člana 14 Konvencije u vezi sa članom 1 Protokola br. 1. Ako je odgovor pozitivan, onda Državni savjet treba da razmotri da li je postojao „legitiman i razuman” razlog za sprovođenje ove politike koja ne predstavlja diskriminaciju. Iako pravno pitanje može izgledati opširnije, ono se na kraju tiče svojinskih prava uopšte. Principi u ovom predmetu mogu se široko primijeniti na bilo koje pitanje iz člana 14, ali posebno na ono koje se tiče imovine. Različite države članice će se vjerovatno suočiti sa ovakvim jedinstvenim situacijama i veliki dio posla će morati da se obavi u njihovom pravnom sistemu. Ali oni mogu da konsultuju ovo mišljenje, naročito opšta pravna načela u ovom predmetu, i da vide kako se to uklapa u odnosu na njih.

Ovo savjetodavno mišljenje, zajedno sa ostalim mišljenjima koje je Sud u Strazburu donio, isključujući prvo, jasno pokazuje da postoji trend da Sud, u okviru svoje savjetodavne nadležnosti po Protokolu br. 16, odlučuje, dajući okvirne smjernice nacionalnom visokom sudu, koji je zatražio savjet, ali neće odlučiti o samom predmetu, pa ni kada konstatuje ili iznese svoj stav o nekom pravnom pitanju, koje je, pretpostavimo, u pozadini zahtjeva za savjetodavno mišljenje.

4. UMJESTO ZAKLJUČKA

Odgovoriti na pomenute dileme, koje kritičari i skeptici Protokola br. 16 ističu, nije jednostavno, ali je, iz više razloga, moguće.

Problematizacijom pitanja „da li je Protokol koristan, da li svi članovi Suda treba da budu uključeni u donošenje oduka po ovoj poširenoj savjetodavnoj nadležnosti Suda, da li savjetodavna mišljenja povodom tekućih predmeta pred visokim nacionalnim sudovima uopšte imaju smisla, da li se savjetodavnim mišljenjima Evropski sud miješa u nezavisnost domaćih sudova i da li, time, smanjuje suverenitet država, te da li su Sudu u Strazburu zaista potrebna savjetodavna mišljenja, kada ima ionako ogroman broj predmeta po individualnim predstavkama i značajan broj

međudržavnih sporova”, uticalo je na to da centar stručne pažnje bude usmjeren na analizu učinka i efektivnosti postupka po ovom pravnom instrumentu. Analiza dosadašnje, a za period od samo pet godina, bogate prakse, pokazala je da najviši sudovi u državama imaju veliku potrebu za razmjenom mišljenja i dijalogom sa strazburškim kolegom, i da se taj dijalog odvija po brznoj proceduri. Dakle, proširivanjem savjetodavne nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava Protokolom br. 16, Savjet Evrope je odgovorio na potrebu uspostavljanja procedure koja bi unaprijedila pravosudnu saradnju u okviru ove organizacije.

I, dok debata i dalje traje, Sud je tokom proteklih pet godina imao prilike da prima odnosne zahtjeve, prihvati ih ili odbije, pa čak i daje mišljenja. Postupak je znatno kraći od postupaka po individualnim predstavkama. Pored toga, tokom deset godina od njegovog usvajanja, mnoge države članice Savjeta Evrope su raspravljale o tome da li da se pridruže. Sve ove akcije pomažu da se dobiju odgovori na prethodna pitanja u vezi sa Protokolom 16.

Mnoge, tradicionalno moćne, države su ga ratifikovale, kao što su Francuska, Belgija i Holandija. Ali, kako je već istaknuto, nekoliko uticajnih članica Savjeta Evrope nije čak ni potpisalo Protokol, kao što su Njemačka, Ujedinjeno Kraljevstvo, Irska i Island. Ova realnost, generalno, podstiče pitanja o tome da li Protokol ima stvarnog uticaja. Imajući u vidu činjenicu da su neke države članice prihvatile Evropsku konvenciju o ljudskim pravima prije više od sedamdeset godina, a da sada ističu pitanje punog suvereniteta u odlučivanju o zaštiti ljudskih prava kao argument protiv Protokola br. 16, izlazi na vidjelo svojevrsna hipokrizija, upravo jer se radi o specifičnoj temi — zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda, kao inherentnih vrijednosti koje su iznad svega, pa čak i političkog suvereniteta. Logično bi bilo i zaključiti da možda sadašnje vlade nekih država ne bi ni usvojile Konvenciju da je ona sada na dnevnom redu, pa, u najmanju ruku, žele da ograniče njen uticaj, ne prihvatajući najnoviji dopunski protokol uz nju.

Danas je jasno da je Protokol br. 16 važno sredstvo za podsticanje dijaloga o razvoju evropskog prava ljudskih prava i da je za države koje su na putu ka Evropskoj uniji prihvatanje proširene savjetodavne nadležnosti Evropskog suda značajan korak, koji pokazuje želju i otvorenost za pravosudni dijalog, te namjeru da se usvajaju i ispune evropski pravni standardi. Ispravno je i zaključiti da, s obzirom na to da Protokol funkcionira samo pet godina, ima još dosta da se nauči u pogledu njegove primjene i upotrebe.

Mogućnost podnošenja zahtjeva oko kompleksnih pravnih pitanja, brza procedura u Strazburu i odlučeni predmeti u formi savjetodavnih mišljenja, pokazuju da je ovo izuzetno koristan pravni instrument, koji donosi svojevrsni balans na regionalnom planu, omogućavajući Sudu da procijeni bilo koju vrstu pravnog pitanja u vezi s Konvencijom. U isto vrijeme on omogućava da se ne ponavlja proces podnošenja predstavki Sudu, skraćujući ukupno vrijeme za rješavanje predmeta, tako što daje smjernice za okvirno djelovanje ili donosi konstatacije koje treba da pomognu nacionalnom sudu da riješi predmet pravilno na nacionalnom nivou. No, time se ni na koji način ne prejudicira kako bi Sud odlučio po individualnoj predstavi, ukoliko je pojedinac podnese jer smatra da je nacionalni sud pogrešno primijenio date smjernice. Konačnu riječ po individualnim predstavkama daje Sud u Strazburu, uz poštovanje principa subsidiarnosti. Savjetodavno mišljenje Suda niti je njegov diktat, niti instrukcija, već jedno autoritativno mišljenje o najvažnijim pitanjima u vezi sa pravnom zaštitom ljudskih prava, koja se odnose na tumačenje Konvencije i protokola uz nju, i to na osnovu zahtjeva najviših nacionalnih sudova, koje je država odredila da u ovom kontekstu imaju aktivnu legitimaciju.

Kako je naprijed istaknuo, Evropski sud za ljudska prava je razvio okvir za djelovanje kao savjet u svakom savjetodavnom mišljenju, kako bi pomogao najvišim sudovima širom Evrope da odlučuju o predmetima, ali nije poručio sudovima kako treba da odlučuju, jer tu nadležnost i nema. No, ako sudovi ne prihvate savjetovani okvir djelovanja ili ga djelimično prihvate, pretpostavimo uz solidne argumente, a stranka i dalje ostane nezadovoljna, onda se stranka može obratiti Evropskom sudu za ljudska prava na uobičajen način, a rasprava o konačnoj odluci će imati veći značaj, jer već postoji čvrst dijalog između suda države članice i Evropskog suda za ljudska prava. Zato je važno da određeni sudovi imaju mogućnost da traže savjetodavno mišljenje na ovom nivou.

Glavni smisao Protokola br. 16 je pomoć svojim kolegama na nacionalnom nivou. Taj partnerski odnos pozadina je za pravosudni dijalog. Sud u Strazburu je svjestan da su sudovi koji mogu zahtijevati savjetodavna mišljenja najviši u odnosnoj državi i da oni najbolje poznaju zakone koji se tiču njihovih država, što uključuje i primjenu Evropske konvencije o ljudskim pravima. Dakle, ako ovi sudovi smatraju da im je potrebna pomoć u donošenju presude, onda i Sud u Strazburu zna da se radi o kompleksnom pitanju. S obzirom na to da savjetodavno mišljenje nije obavezujuća odluka, nacionalni sudovi dobijaju priliku da suštinski odgovore Sudu kroz svoju odluku. Cio proces je informativan za određeni

sud, za sudove drugih država članica, stručnu i širu javost, ali i za ostale međunarodne sudove.

Sve odluke Suda, uključujući i prihvatanje i odbijanje zahtjeva za savjetodavno mišljenje, donijete su u odnosu na pitanja koja su zahtijevali visoki sudovi država članica. Ali, one imaju značenje i za sudove ostalih država članica Organizacije. Sve ove odluke trebalo bi da iskoriste sudovi i drugi organi država članica, kako bi poboljšali zaštitu ljudskih prava i unaprijedili poštovanje Evropske konvencije o ljudskim pravima. Uz to, savjetodavna mišljenja Evropskog suda za ljudska prava doprinose raspravi o ljudskim pravima širom svijeta, a naročito na nivou saradnje međunarodnih sudova.

Naravno, jasno je, po prirodi stvari, da će Protokol br. 16 biti korisniji ako učestvuje više država. Dijalog je spona koja je važna, posebno u kontekstu međunarodne pravosudne saradnje. Tako, dok odbacivanje zahtjeva Slovačke pokazuje da Evropski sud za ljudska prava nije spreman da troši vrijeme i resurse za ovakve vrste predmeta, o kojima je već odlučivano na nacionalnom nivou, istovremeno pravosudni dijalog je ojačan povećanim učešćem zainteresovanih strana. Nadalje, iako se konkretno na njih ne odnosi, svaka članica Savjeta Evrope je relevantna zainteresovana strana, jer se radi o okvirnim smjernicama koje su generalne prirode. I, ne samo da bi novi ratifikatori imali koristi od toga da njihovi sudovi budu dio pravosudnog dijaloga, već i Savjet Evrope u cjelini, jer bi se podstakla diskusija o mnogim različitim pitanjima zaštite ljudskih prava, a što bi trebalo da utiče i na smanjenje predstavki pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Na kraju, u cilju sumiranja ovog poglavlja, a radi unapređivanja budućih dijaloga, nekoliko je ključnih razloga koji idu u prilog Protoklu br. 16, a zasad su dominantna tri.

Prvo, savjetodavna mišljenja Suda u Strazburu imaju pravni efekat i, zahvaljujući brznoj proceduri, doprinose bržem dolaženju do pravde, jer se smanjuje broj potencijalnih postupaka i predmet bi trebalo da bude odlučan na nacionalnom nivou, i to u skladu sa evropskim pravnim standardima. Dobar primjer je, upravo, prvo savjetodavno mišljenje, a povodom predmeta *Mennesson protiv Francuske*. Da Francuska nije ratifikovala Protokol, taj bi predmet na kraju, poslije iscrpljivanja svih nacionalnih pravnih procedura, došao pred Sud u Strazburu.

Drugo, ovim protokolom osnažen je princip subsidijarnosti, koji je istaknut i u preambuli. Ovaj važni princip je inherentna karakteristika evropskog sistema zaštite ljudskih prava, i upravo zaštita od svake ideje o eventualnom gubitku ili ograničenju nezavisnosti nacionalnih pravosuđa.

Treće, savjetodavna mišljenja, koja je Evropski sud za ljudska prava donio do sada, pokrivaju pitanja koja se tiču ne samo konkretnog nacionalnog suda koji je uputio zahtjev i države u kojoj postoji pravni problem, već i svih sudova ostalih država članica. Mogućnost korišćenja smjernica i okvira za djelovanje iz Strazbura samo će poboljšati zaštitu ljudskih prava svuda. Mnogi nacionalni sudovi u svojim presudama već citiraju jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava, kao što to često čini Savezni ustavni sud Njemačke. Nažalost, taj sud nema i mogućnost da traži uputstva od Suda u Strazburu o nekom tekućem predmetu, kako bi možda riješio dilemu o nekom preliminarnom pravnom pitanju, a time i poboljšao primjenu Konvencije u svojoj zemlji. Inače, i Sud u Strazburu se oslanja na dostignuti nivo zaštite ljudskih prava Saveznog ustavnog suda Njemačke, i u svojim presudama upućuje na njegovu dobru praksu. Ipak, mogućnost institucionalne saradnje po Protokolu br. 16 nije moguća, jer Njemačka nije prihvatila ovaj pravni instrument. A, da i ne govorimo o tome koliki značaj za države u tranziciji, koje imaju probleme u realizaciji vladavine prava, zaštititi osnovnih ljudskih prava i sloboda, i kojima je potrebna reforma pravosuđa, ima ili bi imalo omogućavanje dobijanja savjeta od Evropskog suda za ljudska prava.

LITERATURA

1. Albanesi, Enrico. „The European Court of Human Rights’ Advisory Opinions Legally Affect Non-Ratifying States: A Good Reason (From a Perspective of Constitutional Law) to Ratify Protocol No. 16 to the ECHR”. *European Public Law* 28, Nr. 1, 2022, pp. 1–18. <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\EURO\EURO2022001.pdf>
2. Buyse, Antoine, *Protocol 16 Enters into Force on 1 August 2018*, ECHR Blog, 12. 04. 2018.
3. Dicosola, Maria, Fasone, Cristina & Spigno, Irene. „The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System”. *German Law Journal*, Vol. 16, No. 6, 2015, pp. 1387–1428.
4. Dzehtsiarou, Kanstantsin and O’Meara, Noreen. „Advisory Jurisdiction and the European Court of Human Rights: A Magic Bullet for Dialogue and Docket-Control?”. *Legal Studies* 34, Nr. 3, 2014, pp. 444–468. <https://doi.org/10.1111/lest.12025>
5. Giannopoulos, Christos. „Considerations on Protocol N°16: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New Life into the European Convention on Human Rights?”. *German Law Journal* 16, Nr. 2, 2015, pp. 337–350. <https://doi.org/10.1017/S2071832200020873>

6. Glas, L. R, und J. Krommendijk. „A Strasbourg Story of Swords and Shields. National Courts’ Motives to Request an Advisory Opinion from the ECtHR Under Protocol 16”. *European Convention on Human Rights Law Review* 3, Nr. 3, 2022, pp. 311–349. <https://doi.org/10.1163/26663236-bja10042>
7. Konstantin Korkelia. „Advisory jurisdiction of the European Court of Human Rights under Protocol 16: Prospects and challenges”. *European human rights law review*, Nr. 3, 2019, pp. 291–297.
8. Laurence Burgogues-Larsen. „Le Protocole n°16, entre théories et réalités du dialogue judiciaire”. *Revue Québécoise de droit international*, Nr. 1, 2020, pp. 219–254.
9. Lemmens, Koen. „Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue?”. *European Constitutional Law Review* 15, Nr. 4, 2019, pp. 691–713. <https://doi.org/10.1017/S1574019619000373>
10. Lyons, Scott W. „Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Advisory Opinion Concerning the Recognition in Domestic Law of a Legal Parent-Child Relationship Between a Child Born Through a Gestational Surrogacy Arrangement Abroad and the Intended Mother (Eur. Ct. H. R.)”. *International Legal Materials* 58, Nr. 6, 2019, pp. 1234–1250. <https://doi.org/10.1017/ilm.2019.52>
11. Schabas, William A. „Part Nine Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Preamble/Préambule”. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford University Press, 2015. <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law/9780199594061.001.0001/law-9780199594061>
12. Voland, Thomas, und Britta Schiebel. „Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?” *Human Rights Law Review* 17, Nr. 1, 2017, pp. 73–95. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw034>
13. SANDHOLTZ, WAYNE: „Human rights courts and global constitutionalism: Coordination through judicial dialogue”. *Global Constitutionalism*, Volume 10, Issue 3, November 2021, str. 439–464.

PRIMARNI IZVORI

- Advisory Opinion Concerning the Recognition in Domestic Law of a Legal Parent-Child Relationship Between a Child Born Through a Gestational Surrogacy Arrangement Abroad and the Intended Mother (ECtHR 10 April 2019).
- Advisory Opinion Concerning the Use of the „Blanket Reference” or „Legislation by Reference” Technique in the Definition of an Offence and the Standards of Comparison Between the Criminal Law in Force at the Time of the Commission of the Offence and the Amended Criminal Law (ECtHR 29 May 2020).
- Advisory Opinion on the Assessment, Under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the Proportionality of a General Prohibition on Standing for Election After Removal from Office in Impeachment Proceedings (ECtHR 8 April 2022).
- Advisory Opinion on the Applicability of Statutes of Limitation to Prosecution, Conviction and Punishment in Respect of an Offence Constituting, in Substance, an Act of Torture (ECtHR 26 April 2022).
- Advisory Opinion on the Difference in Treatment Between Landowners’ Associations „Having a Recognised Existence on the Date of the Creation of an Approved

Municipal Hunters' Association" and Landowners' Associations Set up After That Date (ECtHR 13 July 2022).

- Decision on a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 concerning the interpretation of Articles 2, 3 and 6 of the Convention (ECtHR 14 December 2020).
- *Mennesson v. France*, App. No. 65192/11, ECHR 2014.
- *Paksas v. Lithuania*, App. No. 34932/04, ECHR 2011.
- Guidelines on the Implementation of the Advisory-opinion Procedure Introduced by Protocol No. 16 to the Convention, Council of Europe, Strasbourg (18 September 2017).
- Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Strasbourg, 2. X. 2013.
- Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe (2. X. 2013).

Ivana JELIĆ*

PROTOCOL NO. 16 TO THE EUROPEAN CONVENTION
ON HUMAN RIGHTS: A NEW FORM OF JUDICIAL
DIALOGUE UNDER THE UMBRELLA OF STRASBOURG**

Summary

The need to develop a judicial dialogue within the organization of the Council of Europe, that is, between the European Court of Human Rights and the superior national courts of the member states, as well as perennial efforts in the name of its improvement, finally resulted in the entry into force of Protocol no. 16 to the European Convention on Human Rights, which expanded the advisory jurisdiction of the European Court of Human Rights. Five years since then, Montenegro has also accepted this European legal instrument, expressing its readiness for judicial dialogue, if the Supreme Court of Montenegro or the Constitutional Court of Montenegro requires an advisory opinion on a specific current legal issue.

In this paper, the author considers key aspects related to Protocol no. 16, i. e. its application, procedure, purpose and significance, and analyses the relevant case-law of the Court in Strasbourg, emphasizing the reasons in favour of this relatively new instrument.

Key words: European Court of Human Rights, jurisdiction, principle of subsidiarity, dialogue, advisory opinions

* Prof. Dr. Ivana Jelić, judge of the European Court for Human Rights

** The opinions, statements and conclusions presented in this paper belong exclusively to the author and do not reflect the position of the institution where she works.