

САВЕТОДАВНА НАДЛЕЖНОСТ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

Апстракт: Европски суд за људска права, поред парничне, има и саветодавну надлежност. Она је успостављена још Протоколом 2, који је предвиђао да само Комитет министара Савета Европе може затражити саветодавно мишљење, и то једино по питањима која се тичу европског система заштите, а не спадају у домен тумачења, садржаја или дејства гарантованих права и слобода. Управо због овако уско постављеног решења, нимало не изненађује што је до сада свега три пута затражено мишљење. Проширивање саветодавне надлежности уследило је као последица реформе европског механизма заштите људских права. Резултат тих напора је Протокол 16, усвојен 2013. године, чије се ступање на снагу тек очекује. Њиме је предвиђено да национални судови виших инстанци имају право упућивања захтева за саветодавним мишљењем ради испуњења двоструког циља: а) смањења великог броја нагомиланих представки; као и б) интензивирања и јачања дијалога између виших националних судова и Европског суда.

Кључне речи: Протокол 2, Протокол 16, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права, саветодавна надлежност, саветодавно мишљење.

1. Увод

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (надаље: Конвенција) један је од најзначајнијих међународних уговора из области људских права, којом је успостављен засад најефикаснији систем

* sanjadj@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018. године.

њихове заштите (Tomušat, 2006: 237). Свакако да је ефикасности овог система допринело његово стално усавршавање усвајањем чак шеснаест протокола материјалне и процедуралне природе. Посебна пажња у раду биће посвећена Протоколима 2 и 16, односно оним уговорима којима је успостављена, а касније и проширена саветодавна надлежност Европског суда за људска права (надаље: Суд, Европски суд).

Централно место у европском механизму заштите људских права поверено је Европском суду са седиштем у Стразбуру. Иако је одлучивање по представкама, тј. парнична надлежност Суда основна и преовладајућа, још 1963. године, усвајањем Протокола 2, придодата је саветодавна надлежност. Међутим, уско дефинисани круг субјеката овлашћених да затраже саветодавно мишљење, као и нејасноће у вези типа правних питања о којима се може затражити мишљење, условили су да је ова могућност до сада искоришћена свега три пута (Lič, 2007: 14). Ограничења садржана у Протоколу 2, као и жеља за даљим повећањем ефикасности Суда, довели су 2013. године до усвајања Протокола 16, који је значајно проширио саветодавну надлежност Суда.

У првом делу овог рада биће приказан историјат доношења Протокола 2, анализирана његова решења и представљени малобројни случајеви у којима је примењен. У другом делу рада, након кратког приказа поступка закључења Протокола 16, пажња се усмерава на његова правна решења и однос тог уговора са Протоколом 2.

2. Протокол 2

Убрзо по ступању на снагу Конвенције 1953. године, увидела се потреба за установљавањем саветодавне надлежности Суда, што је и учињено Протоколом 2. Пре анализе усвојених решења, неопходно је појаснити процедуру усвајања Протокола, као и несугласности које су постојале међу органима приликом сачињавања нацрта.

2.1. Поступак усвајања

Идеја о установљењу саветодавне надлежности Суда јавила се по узору на друге међународне судове. У изради нацрта Протокола 2 учествовало је више органа, и то: Комитет министара, Комитет експерата, Саветодавна скупштина, као и Суд и Европска комисија за људска права.

Саветодавна скупштина Савета Европе¹ је 1960. године иницирала увођење нове врсте надлежности,² што је наишло на одобравање Комитета министара,³ који је наложио Комитету експерата да „утврди да ли је пожељно закључивање уговора на основу...тако датих предлога“. Годину дана касније, Комитет министара је усвојио закључке из Извештаја Комитета експерата, и наложио му да настави започет рад како би сачинио нацрт заснован на тим закључцима.

Комитет експерата је први нацрт припремио на састанцима који су одржавани у три наврата,⁴ након чега је уследио заједнички састанак Комитета експерата и правног комитета Саветодавне скупштине ради размене мишљења поводом свих спорних питања. Комитет експерата је већ јуна 1962. године поднео извештај Комитету министара који је садржао нацрт будућег протокола. Међутим, истог месеца, Европска комисија упутила је генералном секретару Савета Европе писмо којим је предложила да се и њој, поред Комитета министара, да право упућивања захтева. Нацрт је враћен Комитету експерата ради поновног разматрања предлога и коментара, како Европске комисије, тако и делегација држава уговорница. Упркос томе што је председник Комисије током тзв. „другог читања“,⁵ објаснио предлоге за измену нацрта, они нису усвојени. Након „другог читања“, Комитет експерата је прво разматрао да ли би текст нацрта требало поново ревидирати у светлу најновијих предлога, овога пута упућених од стране Суда.⁶ Међутим, већина унутар Комитета

1 Пленарни орган Савета Европе носио је назив Саветодавна скупштина све до 1974. године, када је преименован у Парламентарна скупштина.

2 Препорука 232 од 22. јануара 1960. год. о „проширивању надлежности Суда у погледу тумачења Конвенције о људским правима“.

3 Резолуција (60)20 од 15.09.1960. год.

4 Од 2. до 11. октобра 1961, затим од 2. до 10. марта 1962. и од 1. до 7. јуна 1962. године.

5 Одржаног од 22. до 27. октобра 1962. године.

6 Наиме, постојао је предлог да се два нова члана, 54(bis) и 54(ter), инкорпорирају у Конвенцију. Чланом 54(bis) Суду би се дала надлежност прејудуцијелног одлучивања, по захтеву националних судова или трибунала, о било ком питању тумачења права и слобода из Конвенције и протокола, по условом да је то неопходно за решавање поступка који воде национални судови. Чланом 54(ter) била је предвиђена надлежност доношења саветодавног мишљења на захтев владе државе уговорнице, по било ком питању тумачења Конвенције, које би могле настати поводом нацрта будућих закона, уредби, прописа или других домаћих аката. Када је реч о првом предлогу, односно надлежности прејудуцијелног одлучивања, интересантно је да је дат модел управо и суштина прошлогодишње усвојеног Протокола 16, који тежи поспешивању сарадње између националних судова и Европског суда. Са друге стране, оно што је Суд 1962. године желео да дефинише као саветодавну надлежност у оквиру чл. 54(ter), није

експерата одлучила је да није потребно разматрати поменута питања. Упркос напорима Суда и Европске комисије, Комитет експерата није прешао на „треће читање“. На седници је прихваћен ревидиран текст завршних клаузула, а Комитет експерата је одмах сачинио извештај који је достављен Комитету министара. Достављени Извештај садржао је коначан текст Протокола 2 као и коментаре Комитета експерата који су се односили на: 1) предлоге Европске комисије, 2) коментаре нацрта изнетих од стране одређених заменика министара, и 3) измене у односу на првобитни нацрт из јуна 1962. године.

Такође, током израде нацрта, поставило се и питање правне технике. Тачније, разматрано је да ли одредбе нацрта треба да буду укључене у Конвенцију у виду додатних чланова, или да нацрт буде понуђен државама у форми протокола уз Конвенцију, а да након његовог ступања на снагу текст Протокола буде инкорпорисан у пречишћен текст Конвенције. Управо је тај други предлог, који је изнео Комитет експерата, прихваћен и примењен као коначно решење.

Упркос томе што није по свим питањима постојао компромис, Протокол 2 је отворен за потписивање 6. маја 1963. године, а ступио је на снагу након што су га ратификовале све државе уговорнице Конвенције, што се десило 21. септембра 1970. године. Сагласно коначно усвојеном решењу, даном ступања на снагу Протокола 2 његови чланови 1-4 постали су саставни део Конвенције. Пречишћавање текста Конвенције и нова пренумерација чланова извршени су по други пут као последица ступања на снагу Протокола 11, 1. новембра 1998. године. Стога, саветодавна надлежност према важећем тексту Конвенције регулисана је члановима 31, 47, 48 и 49. У оквиру чл. 31 дефинише се надлежност Великог већа, где се поред парничне убраја и саветодавна, чл. 47 је кључни члан о саветодавном мишљењу и представља пречишћен Протокол 2, чл. 48 дефинише се *Kompetenz-Kompetenz* Суда, док се чл. 49 регулише обавеза давања образложења саветодавних мишљења.

2.2. Усвојена решења

Протокол 2 садржи свега 5 чланова. Први члан предвиђа да Суд, на захтев Комитета министара, може да даје саветодавна мишљења о правним питањима која се тичу тумачења Конвенције и њених протокола. Термин „правна питања“ треба схватити у његовом уобичајеном значењу које има у сличним међународним конвенцијама. У пара. 7 Извештаја са објашњењима

досад остварено. Ваља истаћи да је по овом моделу влада, а не домаћи суд, био орган који би са националног нивоа упућивао захтев за саветодавним мишљењем.

уз Протокол 2, истакнуто је да већина у Комитету експерата није видела начин прецизнијег дефинисања обима примене Протокола 2. Иако се могу упутити критике да није извршено довољно прецизно „позитивно“ дефинисање, јасно је из формулације шта је „негативно“ одређено. Наиме, искључена је могућност постављања питања: 1) која би превазилазила тумачење текста Конвенције као и припадајућих протокола, односно гарантованих права и слобода; као и оних 2) чије би решење на било који начин укључивало политичке теме. Када је реч о првом ограничењу, јасна је намера да се сва питања тумачења права и слобода из Конвенције и протокола врши посредством примарне надлежности односно парничне надлежности.⁷ Тиме се ускраћује могућност постављања питања која би се тицала тумачења садржаја, обима и дејства гарантованих грађанских и политичких права. Друго ограничење, пак, забрањује постављање саветодавних питања уколико би се односила на политичку сферу или обавезе уговорница ван домена заштићених права и слобода (Пара. 11).⁸ Закључује се да је потребна „велика инвентивност“ (Dijk, Hoof, 2001: 246), како би се успела пронаћи формулација која би задовољила овако уско постављене критеријуме, а опет довела до дефинисања одговарајућег захтева за саветодавним мишљењем.

Поред типа питања, значајно је и ограничење круга субјекта овлашћених да траже саветодавно мишљење. Наиме, једино Комитет министара има право да то учини. Саветодавна скупштина, Европска комисија за људска права и генерални секретар само могу да поднесу предлоге за тражење саветодавног мишљења Комитету министара, који има искључиво право одлучивања о упућивању тог захтева Суду. Као што је већ напоменуто, напори Европске комисије да и она добије исто овлашћење нису уродили плодом. Такође, ни гласови одређених представника унутар Комитета експерата који су тврдили да је овакво решење преуско постављено, није утицало на коначно усвојен текст.⁹

Одлука Комитета министара о подношењу захтева за тражење саветодавног мишљења мора се донети двотрећинском већином представника овлашћених да учествују у раду овог органа. Како је истакнуто у пара. 8 Извештаја са објашњењима, Правни комитет је био мишљења да је боље одредити двотрећинску већину, а не једногласност, док је Комитет експерата сматрао да питање већине за доношење одлуке треба препустити самом Комитету министара, уместо да она буде одређена Протоколом

7 Поред самог текста Протокола, то је истакнуто и у пара. 9 Извештаја са објашњењима.

8 Примера ради, саветодавна надлежност се не може односити на услове прихватљивости представки.

9 Пара. 6 Извештаја са објашњењима.

2. Због прецизности и избегавања прегласавања представника држава, усвојено решење по коме је јасно дефинисана већина одлучивања самим текстом уговора чини се најадекватнијим решењем, нарочито имајући у виду да је за ступање на снагу била потребна ратификација свих држава уговорница.

Након евентуалног упућивања захтева, сам Суд одлучује о питању своје надлежности, односно Kompetenz-Kompetenz.¹⁰ Према пара. 12 Објашњења, који се ослања и на формулацију из чл. 48 Конвенције, у случају сумње у надлежност Суда, сам Суд доноси одлуку. Дакле, Суд има и право и обавезу да одбије разматрање било ког питања које не спада у његову саветодавну надлежност, што мора и образложити у одлуци.

Суд на пленарној седници разматра упућени захтев за доношење саветодавног мишљења. Као и код пресуда, обавезни део саветодавног мишљења је образложење, а такође постоји и могућност давања издвојеног мишљења.¹¹ То ће се десити у ситуацији када саветодавно мишљење не представља у целини или делимично једногласно мишљење судија, те сваки судија има право да изнесе издвојено мишљење.

Сам поступак разматрања захтева није дефинисан Протоколом 2, већ је на основу чл. 55 Конвенције то овлашћење дато Суду. Пословником Суда, тачније правилима 60-67, регулисана је процедура, која може имати писану и усмену фазу, при чему је усмена фаза факултативна и њено одржавање зависиће од одлуке председника Суда. Писана фаза започиње достављањем захтева за саветодавним мишљењем секретару. Захтев мора прецизно дефинисати питање о коме се тражи мишљење, датум усвојене одлуке од стране Комитета министара, имена и адресе лица која је Комитет министара именовано за учешће у поступку ради давања објашњења, и евентуално прилоге. Након што се захтев упути секретару, он га доставља свим члановима Суда и странама уговорницама. Председник Суда одређује рок за достављање писаних коментара и других докумената, а о њиховој садржини морају бити обавештени сви чланови Суда, уговорнице, као и Комитет министара.

О захтеву за давање саветодавног мишљења Суд одлучује у пленуму, а одлука се доноси већином гласова, при чему се у мишљењу мора навести број судија који су чинили већину. Саветодавно мишљење, или пак одлука о захтеву за мишљење садржи потписе председника Суда и секретара. Комитет министара и државе уговорнице се обавештавају о одржавању јавне седнице на којој се чита усвојено мишљење. Док се оригинална

10 Чл. Протокола 2, а сада чл. 48 Конвенције.

11 Чл. Протокола 2, а сада чл. 49 Конвенције.

копија чува у архиви Суда, ауторизоване копије се достављају Комитету министара, генералном секретару Савета Европе и странама уговорницама (Етински, 2007: 363-364).

2.3. Примена и критички осврт

Иако је Протокол 2 ступио је на снагу још 1970. године, досад је примењен свега три пута, из чега проистиче његов мали практични значај (Ђајић, 2012: 172). Први пут је саветодавно мишљење затражено 2004. године и тицало се услова прихватљивости, али се Суд по овом случају огласио ненадлежним. Други захтев упућен је 2008. године, а односио се на појашњење извесних правила и недоследности приликом процедуре избора судија, у контексту родне заступљености. Најзад, 2010. године, још једном се поставило питање у вези процедуре избора судија (Сарић, 2012: 295-296). Може се закључити да је Протокол 2 примењиван једино ради разјашњења правила о избору судија.

Упркос чињеници да саветодавна надлежност може бити од велике важности за јединствено тумачење и даљи развој права, практични значај овако постављене надлежности Суда је од самог почетка био сведен на минимум. У доктрини се предлагало проширивање надлежности путем измена и допуна Протокола 2, јер је „штета да саветодавно мишљење нема шири опсег“ (Dijk, Hoof, 2001: 246). Упућени предлози тицали су се двоструког повећања опсега надлежности: 1) постављањем правног питања које би се односило на права и обавезе из Конвенције и протокола, под условом да се не односи директно на спор; 2) проширивањем круга органа који би имали право упућивања захтева (некадашња Комисија, Парламентарна скупштина, као и свака држава уговорница). Уместо измене и допуне Протокола 2, упућене критике су утицале на усвајање новог уговора који регулише ту проблематику, односно усвојен је Протокол 16.

3. Протокол 16

Протоколом 14 учињен је свакако најзначајнији и најрадикалнији корак ка повећању ефикасности европског система заштите људских права (Радивојевић, 2005: 182). Међутим, истовремено са његовим ступањем на снагу, започета је нова рунда преговора која је имала за циљ наставак започете, али недовољне реформе (Ђорђевић, 2013: 415). Наиме, само 10 дана након ступања на снагу Протокола 14, одржана је Конференција о будућности Европског суда за људска права у Интерлакену фебруара 2010. године, након које су преговори настављени у Измиру априла 2011, да би последња конференција била одржана у Брајтону, априла 2012.

године. Једна од идеја на поменутих конференцијама, била је другачије дефинисање саветодавне надлежности путем усвајања новог протокола, којим би се: 1) проширио круг субјеката овлашћених да упуте захтев; 2) повећао број питања која се могу поставити.

3.1. Поступак усвајања

Иако је идеја усвајања Протокола 16 отелотворена на конференцији у Брајтону, мора се истаћи да је она нешто старијег датума. Таква идеја иницијално потиче из Извештаја Групе мудрих људи донетог у оквиру Савета Европе 2006. године, који је био сачињен према Акционом плану усвојеном на Трећем самиту шефова држава и влада маја 2005,¹² а који своје корене има још у предлозима Суда током припрема нацрта за усвајање Протокола 2 из 1962. године и критикама које су биле упућиване том Протоколу.

Наиме, Извештај Групе мудрих људи који се односио на даље могуће правце реформе европског система констатује да би било „корисно увођење система у којем би национални судови могли да се обраћају Суду у форми захтева за саветодавним мишљењем у вези правних питања која се односе на тумачење Конвенције и протокола, ради побољшања дијалога међу судовима и повећања тзв. „уставне“ улоге Суда“. Према мишљењу ове групе, једино би уставни судови или судови највише инстанце имали право да упућују захтев, док би само мишљење било правно необавезујуће.

На напред изнетим премисама, започети су преговори на међувладиним конференцијама, а саме предлоге је првенствено анализирао Управни комитет за људска права (Comité directeur pour les droits de l'Homme – надаље: CDDH). Након конференције у Измиру, заменици министара упутили су позив CDDH да припреми конкретне предлоге ради усвајања новог уговора. Експерти из Холандије и Норвешке сачинили су детаљан предлог који је садржан у Коначном извештају CDDH и упутили га Комитету министара. Поред њих, и Суд је припремио и поднео „Студију о предложеном проширењу саветодавне надлежности“. О свим предлозима се детаљно дискутовало током припрема, као и одржавања конференције у Брајтону. Том приликом одлучено је да се Комитет министара обавезе да сачини нацрт опционог протокола до краја 2013. године.

Убрзо по одржавању конференције у Брајтону, приступило се изради нацрта према већ установљеној процедури, по којој је неопходно да Комитет министара дâ инструкције за сачињавање текста CDDH, док је сама израда нацрта унутар овог органа била поверена радној групи ужег састава. Пошто је радна група сачинила нацрт, он је размотрен на

12 Пара. 1 Извештаја са објашњењима.

пленарној седници Комитета експерата о реформи Суда. Још једном је овај нацрт прошао процедуру анализе унутар CDDH, и као такав одобрен и поднет Комитету министара на усвајање. На позив Комитета министара, Парламентарна скупштина Савета Европе дала је своје мишљење на нацрт, како би најзад он био усвојен на 1176. састанку Комитета министара, и отворен на потписивање 02. 10. 2013. године.

За разлику од Протокола 2, чији су чланови инкорпорирани у сам текст Конвенције, Протокол 16 тако нешто не предвиђа. Он ће остати засебан уговор, за чије ступање на снагу је потребно депоновање свега 10 ратификационих инструмената. Упркос чињеници да се њиме не мења сам текст Конвенције, као и малом броју ратификационих инструмената неопходних за ступање на снагу, забрањено је стављање било какве резерве.¹³ До сада је сакупљено 15 потписа, али још увек није положен ниједан ратификациони инструмент.¹⁴

3.2. Усвојена решења

Током процеса сачињавања нацрта, полемика се водила поводом четири кључна питања: а) природи овлашћеног националног органа; б) правном дејству саветодавног мишљења; в) категорији и врсти питања поводом којих се може упутити захтев; г) поступку доношења саветодавних мишљења.¹⁵

3.2.1. Природа овлашћеног националног органа

Протокол 16 је већ у фази преговора за његово доношење прозван „протоколом дијалога“ или „комуникациони протокол“. Иако се од самог почетка тежило поспешивању сарадње између националних судова и Европског суда, јавила се дилема колико свеобухватно ићи при дефинисању категорије „овлашћеног националног суда“. Увидело се да је неопходно сужавање круга овлашћених судова, па се може рећи да је инспирација за решење уследила из права Европске уније (надаље: ЕУ), (Gragl, 2013: 230-231). Наиме, према чл. 1, наведено је да *виши* судови или трибунали могу да траже саветодавно мишљење од Европског суда. Језичким тумачењем увиђа се да ово право немају само највиши судови националне правосудне структуре, већ сви судови који за специфичну категорију случаја представљају више, односно судове друге инстанце. На тај начин и други судови, сем уставног

13 Чл. 9 Протокола 16.

14 Списак доступан на: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=214&CM=7&DF=25/08/2014&CL=ENG> (20.08.2014.)

15 Пара. 9 Извештаја са објашњењима.

и врховног, могу бити у позицији да захтевају саветодавно мишљење, што је најзначајније одступање од иницијалног предлога из Извештаја Групе мудрих људи. Може се увидети да овакво решење има доста сличности са могућношћу националних судова чланица ЕУ да упућују претходна питања Суду правде у Луксембургу. Нарочито се увиђа сличност са тзв. конкретном теоријом о обавези националних судова да упуте претходно питање, по којој није битно место суда на правосудној хијерархијској лествици, већ је важно да се ради о суду против чијих одлука жалба није могућа (Радивојевић, Кнежевић-Предић, 2008: 182).

Ради отклањања било каквих недоумица ко од домаћих судова има право упућивања захтева, значајна улога дата је самим уговорницама. По решењу из чл. 10, све уговорнице су у обавези да, уз ратификациони инструмент, доставе генералном секретару Савета Европе и декларацију са списком свих виших судова са овим правом. Измена списка могућа је „у сваком тренутку“, сужавањем или проширивањем листе националних судова, из чега следи да је уговорницама дата прилична слобода.

3.2.2. Правно дејство саветодавног мишљења

У међународном јавном праву, саветодавна мишљења су необавезујућег карактера, што је прихваћено и код оба протокола - Протокола 2 и 16.

Будући да се доносе у контексту међусудског дијалога и сарадње, логично је решење чл. 5 Протокола 16, који предвиђа да усвојена саветодавна мишљења нису обавезна. Национални суд који је упутио захтев биће слободан да одлучи да ли ће у наставку поступка који се пред њим води поступити по добијеном мишљењу или не. Чак, усвојено мишљење не ограничава могућност субјеката да касније упуте представку Суду,¹⁶ чиме се ствара могућност два алтернативна сценарија. Уколико национални суд поштује саветодавно мишљење, за очекивати је да ће Суд одбити разматрање представке. Међутим, ако домаћи суд не поступи по саветодавном мишљењу, ствара се ризик каснијег дуплирања поступка пред Судом, уколико странка, незадовољна исходом националног поступка, упуту представку Суду.

Када је реч о територијалном дејству Протокола 16, након нове судске праксе, условљеног првенствено случајем *Ал-Скеини* (Ђорђевић, 2011: 591-593) и виши судови територија на којима држава уговорница ефективно држи власт такође могу упутити захтев. Свакако, као и до сад, уговорница може у посебној декларацији искључити примену Протокола са одређене територије која потпада под њену сувереност.

¹⁶ Сагласно чл. 34 Конвенције, о решавању случајева по парничној надлежности.

Иако саветодавна мишљења не представљају прецедентно право, она улазе у корпус праксе Суда, попут пресуда и других одлука.

3.2.3. Природа и тип питања поводом којих се може упутити захтев

Трећи кључни проблем при сачињавању нацрта био је дефинисање категорије и типа питања о којима се може тражити саветодавно мишљење. Иако је Протокол 16 покушао да што боље прецизира формалне предуслове за упућивање захтева, тип питања које се може поставити остао је донекле недоречен. Свакако да се захтев за саветодавним мишљењем мора односити на правна питања, као и на конкретне, постојеће случајеве о којима се води спор пред националним судом. На тај начин избегавају се апстрактна или хипотетичка правна питања, што представља још једну сличност са индиректном надлежношћу Суда правде (Кнежевић-Пређић, Радовијевић, 2009: 177). Такође, сам Суд неће бити у позицији да разматра или квалификује чињенично стање, већ је то у обавези да учини национални суд.

Према формулацији из Извештаја Групе мудрих људи, која је касније преузета и од стране Суда, могу се упућивати захтеви о оним питањима која су везана за тумачење или примену права и слобода из Конвенције или њених припадајућих протокола. Оваква дефиниција инспирисана је чл. 43, ставом 2 Конвенције о парничној надлежности Великог већа, чиме се и створила дилема како разликовати упућено питање за саветодавним мишљењем од истоветно дефинисаног питања код одлучивања по представкама. Поставља се питање да ли је намера твораца Протокола 16 била такав вид растерећења Суда, који би дозволио да се прво „опипа терен“ тражењем саветодавног мишљења, након чега би било могуће да се по исто дефинисаном питању упутити представка на решавање, у случају да национални суд није поступио по добијеном необавезујућем саветодавном мишљењу. Са друге стране, уколико национални суд поштује мишљење, неће доћи до потребе за поновним обраћањем Европском суду, те би се на тај начин, у значајној мери, смањила оптерећеност Суда у оквиру парничне надлежности. И заиста, може се на први поглед учинити да је реч о одличном решењу, којим се увек постиже добитна комбинација. Међутим, многи критикују овакав покушај олакшавања рада Суда, истичући да није реч о правом растерећењу, већ само подели посла на две надлежности – саветодавне и парничне.

3.2.4. Поступак доношења саветодавних мишљења

За разлику од Протокола 2, Протокол 16 садржи нека основна правила поступка. Наиме, виши национални судови могу упутити захтев за добијање саветодавног мишљења на свим службеним језицима држава уговорница. Одлучивање о испуњености услова прихватљивости разматра петочлани панел судија, пре него упутити захтев Великом већу на одлучивање о меритуму.¹⁷

Интересантно је истаћи обавезу Суда, тачније петочланог панела, да појасни разлоге одбијања да размотри захтев за саветодавним мишљењем. Протокол 14 ову обавезу не предвиђа, због чега је био мета бројних критика, те се претпоставља да је управо то допринело бољем решењу „комуникацијског протокола“. Имајући у виду циљ Протокола 16, односно успостављање боље сарадње и комуникације, решење, по коме се предвиђа давање појашњења чак и у случају одбијања захтева, је логично. Наиме, уколико је намера Протокола пружање помоћи националним судовима путем појачане сарадње и комуникације, а ради тумачења права, свако другачије решење било би неразумно.

Иако петочлани панел судија одлучује по питању „надлежности о надлежности“, само је Велико веће овлашћено да даје саветодавно мишљење. Оно може преко реда да разматра захтев за саветодавним мишљењем, дајући му на тај начин првенство. По службеној дужности у састав петочланог панела и Великог већа улази и судија из државе националног суда који је упутити захтев (чл. 2, став 3).¹⁸ Иако се правна комуникација води између судова, Европски суд треба да обавести државу уговорницу о примљеном захтеву од стране њених националних судова.

У саветодавном поступку могу учествовати и заступници државе уговорнице чији је национални суд упутити захтев,¹⁹ подношењем писаних поднесака или учешћем на усменој процедури (чл. 3).²⁰ Имајући у виду необавезност саветодавног мишљења, реч је о праву, а не и обавези учествовања. Председник суда има овлашћење да позове било коју другу уговорницу или лице да учествују у саветодавној процедури. Претпоставља се да је реч о лицима, физичким или правним, која су се нашла у улози парничних странака пред националним судом који је упутити захтев.

17 Што је идентично чл. 43 Конвенције.

18 Овакво решење идентично је оном које се односи на парничну надлежност (чл. 26 став 4 Конвенције).

19 Тиме је у потпуности имитиран поступак по чл. 36 Конвенције, по коме ови субјекти могу учествовати у парничној процедури.

20 Учесник поступка може бити и Европски комесар за људска права Савета Европе.

Поставља се питање да ли је овакво ограничавање учесника процедуре сврсисходно или би можда адекватније решење било да се могућност учествовања не условљава позивом председника суда. Уколико се зна да пред националним судом учествују углавном само физичка и правна лица, имајући у виду теорију о имунитету држава пред судовима других држава (Shaw, 2003: 638-640), поставља се питање кога би од других уговорница председник Суда могао позвати.

Саветодавно мишљење доноси се већином гласова чланова Великог већа. Према чл. 4, у случају непостојања једногласности, судије могу дати издвојено мишљење. Обавеза је Суда да мишљење достави не само суду који је упутио захтев, већ и држави уговорници чији је национални орган упутио захтев. Пара. 23 Објашњења Протокола 16 указује да „би требало да саветодавно мишљење такође буде достављено и свим учесницима поступка“. Свакако се очекује да ће сам Суд у наредном периоду регулисати детаље поступка, али употребљена синтагма „требало би“ не представља извесност да ће сви учесници заиста и добити мишљење. Међутим, чак и у случају да се то не деси, јавност ће бити упозната са усвојеним саветодавним мишљењем, будући да постоји обавеза његовог објављивања.

3.3. Ступање на снагу и дејство

Интересантно је да ће Протокол 16, за разлику од свих ранијих протокола, ступити на снагу три месеца након прикупљања 10. ратификационог инструмента, што представља значајно, и досад прво одступање од установљеног правила да је за ступање на снагу потребна ратификација свих уговорница. Овакво решење свакако је резултат компромиса, али се јавља и као последица специфичније природе самог Протокола. Када је реч о постигнутом међудржавном компромису, извесно је претпоставити да су уговорнице оваквим решењем желеле да избегну судбину Протокола 14.

Дејство и домет Протокола 16 биће ограничени, имајући у виду његов опциони карактер. Очекује се да ће се на тај начин скратити период чекања да ступи на снагу, међутим, истовремено ће се тиме створити две категорије уговорница: оне које су прихватиле Протокол 16 и оне које нису. Успех и популарност Протокола 16 зависиће од држава које га буду прихватиле, односно од искуства и корисности које буду имали њихови домаћи судови.

4. Закључна разматрања

Двоструко ограничење у давању саветодавних мишљења установљено Протоколом 2, само је делимично кориговано усвајањем Протокола 16, којим се омогућава да национални судови виших инстанци могу Суду упутити захтев за добијање саветодавног мишљења. Овакво проширење саветодавне надлежности тежи остварењу двоструког циља: а) интензивирању и ојачању дијалога између виших националних судова и Европског суда, као и б) смањењу великог броја нагомиланих представки.

Када је реч о првом циљу, он ће бити остварен уколико се Суд постави као учесник конструктивног дијалога, пружајући националним судовима помоћ при решавању проблематичних питања, или, пак, дајући детаљна и добронамерна појашњења у случају одбијања разматрања захтева. У том случају се може очекивати да ће Протокол 16 бити прихваћен и од стране преосталог дела уговорница Конвенције. Претпоставља се да ће се први случајеви из сфере саветодавне надлежности Суда односити на круцијалне теме, као што су: питање надлежности, некохерентне праксе Суда, различито поимање учења о пољу слободне процене, односно свим оним питањима која су и у прошлости била спорна у односу између националних судова и стазбуршког Суда. Са друге стране, уколико Суд буде био превише оскудан у аргументима одбијања захтева, или, као и досад, не буде имао јасну визију развоја праксе по појединим осетљивим питањима, створиће се неповерење у систем који установљава Протокол 16.

Иако се у теорији сарадња међу судовима поздравља као пример позитивне праксе, њоме се ствара ризик смањења самосталности и одговорности националних судова. Циљ Протокола 16 није стварање система доношења пресуда националних судова на основу пуког добијеног мишљења. Са друге стране, у случају да домаћи суд не поступи по мишљењу, створиће се нов проблем дуплирања процеса пред Европским судом по обеју надлежности (O'Meara, 2013).

Поред проширивања саветодавне надлежности, Протокол 16 утиче и на тзв. уставну функцију Суда, за који неки аутори сматрају да би се боље могла остварити путем одлучивања по представкама. Наиме, докази о „конструктивном дијалогу“ између националних судова највиших инстанци и Европског суда већ постоје у оквиру парничне надлежности Суда, без потребе за реформисањем система заштите у правцу проширивања саветодавне надлежности. На основу изложеног, увиђа се да се позитивни ефекти Протокола 16, који се тичу јачања сарадње и дијалога међу националним судовима и Европског суда, могу релативизовати.

Када је пак реч о другом циљу, односно повећању ефикасности Суда, уместо постизања зацртаних циљева, Протокол 16 ствара ризик погоршавања

постојеће ситуације. Наиме, не постоји логика у томе да ће се Суду, преоптерећеном заосталим и све бројнијим надолазећим случајевима, помоћи тиме што ће се проширити још једно поље деловања, нарочито узимајући у обзир чињеницу да Велико веће годишње донесе свега двадесетак пресуда. Уколико се подсетимо да највећи број упућених представки чине тзв. клонирани случајеви и неприхватљиве представке, сумња се да ће решења Протокола 16 допринети њиховом смањењу. Репетитивни случајеви најбоље се решавају доношењем тзв. пилот пресуда, док су се за прихватљивост представки временом искристалисали и построжили услови прихватљивости, као и процедура разматрања допуштености.²¹

У случају поменутих понављања процедура, односно у случају да се након добијеног саветодавног мишљења поново упуту представка, али по парничној надлежности, поново долазимо до закључка о стварању супротне ситуације од намераване. Уместо остваривања веће ефикасности Суда, доћи ће до његовог још већег оптерећења.

Водећи се логиком изложеног, долази се до закључка да би саветодавна надлежност једино била корисна при постављању нових стандарда. Међутим, истиче се да је Суд то чинио и до сада у оквиру парничне надлежности.

Стога, иако су намеравани циљеви за похвалу, остаје сумња да ће Протокол 16 успети да их оствари. У случају да поменути ризици у пракси буду били изражени, Протокол 16 остаће лишен свог пуног ефекта, попут Протокола 2. Уколико, пак, превладају позитивна решења, Протокол 16 допринеће остваривању кохерентнијег система заштите људских права. То ће утицати да Суд више не буде карактерисан као „жртва сопственог успеха“ (Helfer, 2008: 125) већ да и даље одржи статус најефикаснијег суда међународне заједнице у области заштите људских права.

21 Анализирајући статистичке податке о структури и врсти индивидуалних представки, изасланик Парламентарне скупштине Савета Европе изјавио је да Суд мора хитно да пронађе начин којим би решио три кључна проблема. Наиме, он је истакао да судије не треба да троше превише времена на очигледно неприхватљиве представке, што износи око 95% свих представки. Затим, мора се наћи ефективно решење поводом тзв. „клонираних“ случајева, односно случајева који се тичу утврђених системских недостатака унутар држава (што представља око 70% предмета код којих се решавало у меритуму). Као одговор на први проблем усвојени су Протоколи 14 и 15, који су, пре свега редефинисањем услова прихватљивости, покушали да смање број представки. Када је, пак, у питању решавање проблема тзв. „клонираних случајева“, уведене су пилот пресуде које решавају велики број случајева који потичу због истог системског проблема који постоји у једној држави.

Литература

Gragl, P. (2013). *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16*. European Law Review, No. 2, 229-247

Dijk, van, P., Hoof, van, G. J. H. (2001). *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*. Sarajevo: Müller

Đajić, S. (2012). *Međunarodno pravosuđe*. Beograd: Službeni glasnik

Ђорђевић, С. (2013). *Протокол 15 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама*. Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: Тематски зборник радова. 413-430

Ђорђевић, С. (2011). *Екстериторијална примена Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*. Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: Тематски зборник радова. 579-596

Етински, Р. (2007). *Међународно јавно право*. Нови Сад

Explanatory Report on Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, conferring upon the European Court of Human Rights competence to give advisory opinions

Explanatory Report on Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Knežević-Predić, V., Radivojević, Z. (2009). *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*. Beograd: Službeni glasnik

Lič, F. (2007). *Обраћање Европском суду за људска права*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

O'Meara, N. (2013). *Reforming the European Court of Human Rights through Dialogue? Progress on Protocols 15 and 16 ECHR*, UK Const. L. Blog, Retrieved 20 August 2014, from http://ukconstitutionallaw.org/2013/05/31/noreen-omeara-reforming-the-european-court-of-human-rights-through-dialogue-progress-on-protocols-15-and-16-echr/?utm_source=feedly

Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, conferring upon the European Court of Human Rights competence to give advisory opinions, CETS No 044

Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No 214

Радивојевић, З., Кнежевић-Предић, В. (2008). *Институције Европске уније*. Ниш: Свен

Радивојевић, З. (2005). Протокол број 14 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода. Страни правни живот. 1-2, 181-194

Shaw. M. (2003). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press

Томушат, К. (2006). *Људска права између идеализма и реализма*. Београд: Београдски центар за људска права

Helfer, L. R. (2008). Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime, *European Journal of International Law*, 125-159

Carić, S. (2012). *Коментар Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*. Београд: Paragraf Co i Paragraf Lex

Sanja Đorđević, LL.B

Teaching assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights

Summary

Although the primary jurisdiction of the European Court of Human Rights is the one relating to applications, with the adoption of Protocol 2 in 1963, the Court also has advisory jurisdiction. However, it was limited in a twofold manner: the circle of entities authorized to request an advisory opinion was very narrowly defined and there were also uncertainties as to the type of legal issues that may require review. Only the Committee of Ministers had the authority to request an advisory opinion under the condition that the decision was made by a two-thirds majority vote. Also, they could only ask questions that were not concerning rights and freedoms guaranteed under the European Convention, as well as the related protocols. This restrictive approach has resulted in the implementation of Protocol 2 in only three cases, which caused it to have little practical significance.

In the process of the reform of the Court, the old idea of expanding the advisory jurisdiction revived. It was implemented in 2013, with the adoption of Protocol 16, which aims at achieving a double objective: 1) intensifying and strengthening the dialogue between higher national courts and the European Court, as well as 2) reducing the large backlog of applications. During the drafting process, the debate was concentrated on four key issues: a) the nature of the authorized national courts; b) the legal effect of advisory opinions; c) the category and type of questions which may be referred; d) the process of adoption of advisory opinions. However, despite some good solutions there is doubt whether Protocol 16 will be able to achieve the set goals.

Key words: Protocol 2, Protocol 16, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, advisory jurisdiction, advisory opinion.