

GIZA ESKUBIDEEN EUROPAKO ITUNAREN 16. PROTOKOLOA: “ARRAKASTAZ EZ HILTZEA” HELBURU¹

PROTOCOL NO. 16 TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS.
OBJECTIVE: “NOT TO DIE OF SUCCESS”

Joxerramon Bengoetxea Caballero

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea²

Cómo citar / Nola aipatu: Bengoetxea Caballero, J. (2020). Giza Eskubideen Europako Itunaren 16. Protokoloa: “arrakastaz ez hiltzea” helburu. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1): 40-59.
<https://doi.org/10.47984/legal.2020.002>

Human rights, as general principles, are universal in the abstract, although their application in individual cases must take due account of domestic circumstances (Spano, 2014: 494)



LABURPENA

Artikulu honek Giza Eskubideen Europako Itunari atxikitako 16. Protokoloa aurkeztu eta aztertzen du. Protokolo horrek sistema berri bat ireki du Europar Itunaren babes-sistemari dagokionez, epai aurreko galdeketa judiziala aurreikusten baitu Goi Itunkideetako jurisdikzio gorenei aukera berri bat emanez. Izan ere, Itunaren edo Protokoloren bateko giza eskubideren baten inguruko interpretazio-zalantza eta printzipiozko galdera sortzen zaienean, auzia eten eta Estrasburgoko

Auzitegiari galdera egiteko aukera izango dute, honek aholku-irizpen batekin erantzungo dielarik. Artikuluak Itunaren beraren eskema, Estrasburgoko Auzitegiaren izaera eta Protokolo berriaren funtzionamendua azaltzen du, bai eta orain arte emandako lehenengo eta bakarra den irizpena aztertu ere.

GAKO-HITZAK

Giza Eskubideen Europako Hitzarmenari atxikitako 16. Protokoloa, Giza Eskubideen Europako Auzitegia, subsidiarotasuna, hautamen-gunea, epai aurreko galdeketak, aholku-irizpenak, elkarrizketa judiziala Europan.

1 Artículo también disponible en castellano en <http://legal.legebiltzarra.eus/article/view/2627>

2 IT1190-19, EB eta Funtsezko Eskubideei buruzko Ikerketa Taldeko kide (IN: J. I. Ugartemendia), eta DER 2015-64599-P MINECO/FEDER UE Ikerketa egitarauaren kide (IN: J. M. Landa), delituosteko aldarriak eta arriskugarritasuna.

ABSTRACT

This article presents Protocol 16 added to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. This protocol has introduced a sort of preliminary reference mechanism to the Strasbourg system of Human Rights protection. High-range Courts from the Contracting Parties can suspend proceedings and refer to the European Court of Human Rights a request for an advisory opinion on a question of principle relating to the interpretation of the rights and freedoms of the Convention and its protocols. The article goes through the main traits of the European Convention and the European Court of Human Rights, and then describes the main issues involved in the new Protocol 16. The article also briefly analyses the only advisory opinion given by the Strasbourg Court so far, and discusses the possible impact of this new instrument.

KEYWORDS

Protocol 16 to the European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, subsidiarity, margin of appreciation, preliminary references, advisory opinions, judicial dialogue in Europe.

RESUMEN

El presente artículo presenta y analiza el Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El presente protocolo abre un nuevo sistema en lo que referente al sistema de protección del Convenio Europeo, pues prevé una nueva consulta prejudicial dando una nueva oportunidad a los órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante. Así, cuando les surja alguna duda interpretativa o alguna cuestión de principio sobre algún derecho humano recogido en el Convenio o en alguno de sus protocolos, podrán suspender el juicio y consultar al Tribunal de Estrasburgo, que responderá con una opinión consultiva. Este artículo expone el esquema del propio Convenio, la naturaleza del Tribunal de Estrasburgo y el funcionamiento del nuevo protocolo, así como un análisis de la primera y única opinión consultiva emitida hasta el momento.

PALABRAS CLAVE

Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subsidiariedad, margen de discrecionalidad, consultas prejudiciales, opiniones consultivas, diálogo judicial en Europa.

SUMARIOA

- I. SARRERA.
- II. GIZA ESKUBIDEEN EUROPAKO ITUNA ETA 16. PROTOKOLOA.
- III. GIZA ESKUBIDEEN EUROPAKO AUZITEGIA ETA 16. PROTOKOLOA.
- IV. 16. PROTOKOLOA: EPAI AURREKO GALDEKETAREN TRESNA AUSARTA.
- V. 16. PROTOKOLOAREN ERAGINA EUROPAR GIZA ESKUBIDEEN SISTEMAN.

BIBLIOGRAFIA.

I. SARRERA

Artikulu honetan berrikuntza juridiko baten inguruan jardungo naiz. Aldizkari-ko editoreek jarritako gai batekin agertzen naiz plaza berri honetan, Giza Eskubideen Europako Itunari atxiki zaion 16. Protokoloari buruz jardutea eskatu baitidate, honek eratzen duen epai aurreko irizpenen sistema berria azalduz. Bizi garen une bitxi eta etsigarri hauetan giza eskubideen inguruko hausnarketa ezinbestekoa da. Izan ere, Covid-19ak eta horri aurre egiteko hainbat estatu europarrek ezarritako alarma-, premia- edo salbuespen-egoerek gure bizimoduan triskantzak eragin dituzte, gure askatasunak kolokan geratu direlarik: konfinamendu-egoeran ezin da libreki mugitu, ezin jendearekin bildu edo elkartu, ezin erlijioa taldean praktikatuz, aisialdirako eskubidea erabat murriztua dago, lanerako eskubidea kolokan, bizitza kulturala ezin da jendaurrean garatu, hezkuntza -eskubidea baldintzatuta dago, osasuna arriskuan, ogibideak kolokan, polizia-neurriak ezarri dira, Administrazioaren zigorrak eta abar luze bat. Baina lehendabiziko hitzetan, gizalegezkoa denez, *Legal aldizkaria* ekimenegatik zoriontzea dagokit, eta aldizkariari bizi oparo bezain luzea opatzea, eta azkenik, ez azkena, eskerrak ematea gonbitea luzatu izanagatik, zuzenbidearen teoriari lekutxo bat eginez. Eta orain, harira jotze aldera, koka dezadan nire gaia, 16. Protokoloa, zoom zabaletik abiatuz gero eta gertuago heltzen joateko.

Europar, Bigarren Mundu Gerraren ostean estatuen elkarlanerako erakunde berri eta pisuzko batzuk sortu ziren. Gerra Hotzaren hastapenak ziren, eta Mendebaldeko "mundu libreak" eta sobietarren blokeak Europa zatitu zuten, Alemania eta Berlin zatiketarako ardatz hartuta, altzairuzko ohiala jaitsiz. Mendebaldeko Europar, ekonomian, Marshall Plana eta honek ekarritako OCDE ezarri ziren; elkarlan militarerako Ipar Atlantikoko Aliantza (NATO) sortu zen eta sobietar blokean Varsoviako Hitzarmena; merkataritza truke librerako EFTA eta IAEE sortu ziren (EE edo Merkatu Komuna), eta sobietar blokean COMECON; eta elkarlan juridiko-politikorako Europako Kontseilua sortu zen 1949. urtean, demokrazia eta giza eskubideak bultzatzeko. Horren parekorik ez zen egon Ekialdean. Europar Batasuneko Kontseiluarekin edo erakunde bereko Kontseilu Europarrarekin inolako zerikusirik ez duen Europako Kontseilua izeneko erakunde honetan, egun, Gerra Hotza amaitu zela 30 urte luze pasa direnean, Europako 47 estatu desberdin kideku dira, Azerbaijandik (osorik ekialdeen) Islandiara (osorik mendebaldean), edo Monakotik (txikienetakoa) Errusiara (handiena eta ekialdeana). Giza eskubideak eta askatasun demokratikoak bultzatu eta babestea ditu xede.

Aski ezaguna dugu erakunde honen baitan sortutako Giza Eskubideak eta Oinarrizko Askatasunak Babesteko Europako Ituna (Hitzarmena), beharbada Europako Kontseilua bera baino ezagunagoa, eta are ezagunago Itunak berak eratutako Giza Eskubideen Europako Auzitegia, Estrasburgon egoitza duena. Erruz eta arrunt garrantzitsuak dira Auzitegi horretan emandako epaiak, horietako batzuk euskal arazoengatik, hala nola *Otegi*, *Atutxa*, *Belen del Río* aferak, torturari buruzko epaiak, *San Argimiro Isasa*, *Otamendi*, *Etxeberria*, *Ataun*, *Arratibel* edo *Beortegi* aferetan emandakoak, besteak beste.

Halaber, Hitzarmen edo Itunaren egitura ez zaigu arrotz egiten dagoeneko. Izan ere, oinarrizko eskubide batzuk –gutxi, baina funtsezkoenak beharbada– jasotzen ditu lehen atalean, “Eskubideak eta askatasunak”, 2. artikulutik 14. artikulura bitartean, eta ondoren hainbat prozedurazko arau aurreikusten du, hala nola atal bereko 15. artikulutik 18. artikulura xedatzen dira Estatu Itunkideek ezar ditzaketan mugak eta baldintzak. Bigarren atalean, Itunak Giza Eskubideen Europako Auzitegia eratzen du, haren osaketa eta funtzionamendurako arauak ezarriz, 19. artikulutik 51. artikulura. Hirugarren atalean, xedapen orokorrak datoz (jurisdikzioa, lurraldetasuna, idazkari nagusia, Ministroen Batzordea, eta abar). Hein batean esan daiteke giza eskubideak babesteko horrelako dokumentu bat atipikoa bezain prototipikoa dela.

Prototipikoa eredugarria delako: eskubide-zerrenda mugatua eta urria izanda ere, eskubide horiek bermatzeko arauak zehatzak eta lotesleak dira. Horra hor aurrerapauso giza eskubideen bilakaera historikoan. Gainontzeko giza eskubideen aldarrikapenak, mundu mailan, estatu batzuetakoak barne, ez dira iristen Europar Itunak lortzen duen babes eraginkorreko mailara. Eta horregatik mundu mailan eredugarri bilakatu da. Giza eskubideak babesteko europar sistema honen abiapuntua da estatuak berek giza eskubideak aitortu eta babestu behar dituztela, eta Europako Hitzarmenak (Itun Europarrak) ematen duen babesa azken fineko babes subsidiarioa edo ordezkoa dela. Goi Itunkide den aldetik, Estatuak ez badu Itunean jasotako giza eskubideren bat errespetatzen, eskubide hori urratzen badu, orduan europar sistemak kontrolari ekingo dio. Horregatik esaten da sistema europarrak subsidiariotasunaren eskema hartzen duela, giza eskubideak babesteko ardura estatuena izaki, eta subsidiariotasunari eutsiz, esparru edo eremu bat, gunee bat, aitortzen zaie giza eskubideak euren sistema eta kultura juridikoaren arabera babes ditzaten. Ez bada Europa mailako kontsentsu sendorik ihardetsi giza eskubideren baten inguruan, Estatu bakoitzak bere kontzepzioari eutsi diezaioke “giza eskubidea” edo “funtsezko askatasuna” ulertzen duen moduan babesteko.

Baina Ituna *atipikoa* ere bada. Atipikoa, ordura arte giza eskubideen tresna juridiko gehienak eskubideen zerrenda luzexkak izan direlako, baina Europar Itunean eskubideak jasotzen dituzten artikulua ez dira Itunaren heren batera ere iristen. Hauek dira babestutako eskubideak: bizitzeko eskubidea (2. artikulua), torturaren debekua (3. artikulua), esklabotza eta lan derrigortuen debekua (4. artikulua), askatasun eta segurtasun pertsonalerako eskubidea (5. artikulua), epaiketa justu baterako eskubidea (6. artikulua), *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (7. artikulua), bizitza pribatu eta intimitaterako eskubidea (8. artikulua), pentsamendu-, kontzientzia- eta erlijio-askatasunerako eskubidea (9. artikulua), adierazpen-eskubidea (10. artikulua), elkarretaratze eta bilera askerako eskubidea (11. artikulua), ezkondu eta familia bat sortzeko eskubidea (12. artikulua), auzibide eraginkorrerako eskubidea (13. artikulua), eta eskubide horien guztien inguruko diskriminazioren debekua (14. artikulua). Eskubide urri, batez ere Europar Batasuneko Oinarrizko Eskubideen Gutunak jasotzen duen eskubide-zerrendarekin alderatuta, baina babes-sistema sendoa. Honen atzean dagoen funtsa ondo ulertzea komeni da.

“Ez daude diren guztiak, baina daudenak badira”. Egia da bere giza eskubideen zerehura laburra dela eta funtsezko eskubide batzuk bidean geratu zirela; ez soilik eskubide sozio-ekonomiko-kulturalak –hezkuntza, osasuna kasu–, baita lehenbiziko belaraldiko beste eskubide batzuk ere, hala nola jabetza-eskubidea. Horretarako, Itunari protokoloak gehitzen joan zaizkio, Europako Kontseiluaren baitan nahikoa adostasun lortu denean, eta horrela bidea zabaltzen da Hitzarmen edo Itunari eskubide berriren bat gehitzeko, eta hori protokoloen bitartez egin izan da eta egiten da. Eskubide materialak gehitu daitezke edo prozedurazko arau eta antolamendu berriak ere bai. Horrelakoa da 16. Protokoloa, idazlan honetan azalduko duguna, baina horri ekin baino lehen, azalpen terminologiko batzuk egitea zilegi bekit.

Euskaraz Giza Eskubideen Europako Hitzarmena deitzen zaio 1950. azaroaren 4an onartutako konbentzioari, hizkuntza ofizialetan *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* eta *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Bi hizkuntza ofizialetan “Hitzarmena” beharrez “konbentzio” deitzen diote, *Convention* eta gazteleraz, ofiziala ez dena, *Convenio*. Ingelesez eta frantsesez izen formalaren ordezkari ohikoa da *European Convention on Human Rights* edo *Convention européenne des droits de l'homme* izendatzea, “Europako” beharrez “europarra” esan ohi da: *European* edo *européenne*. Horregatik, hemen, Giza Eskubideak eta Oinarrizko Askatasunak Babesteko Europako Ituna deituko diogu edo beste laburdura hauekin: Giza Eskubideen Europako Ituna, Europar Ituna, edo Ituna. Hitzarmena ez dugu aukeratzen honako arrazoi honegatik: Nazio Batuen Erakundearen baitako 1966. urteko nazioarteko bi Hitzarmenekin ez nahastearren, alegia, Eskubide Zibil eta Politikoaren Nazioarteko Hitzarmena (1966), eta Eskubide Ekonomiko, Sozial zein Kulturalen Nazioarteko Hitzarmena (1966, *Pacto* gazteleraz, *Pacte*, frantsesez, edo *Covenant* ingelesez). Halaber, Ituna sinatu eta berretsi duten estatuei “Goi Itunkide” deituko diegu, jatorrizko *High Contracting Parties*, *Hautes Parties Contratantes*. Europar Itunak eratu duen auzitegia horrela izendatuko dugu: Giza Eskubideen Europako Auzitegia, edo laburdura hauekin: Giza Eskubideen Auzitegia, Europar Auzitegia edo Auzitegia.

II. GIZA ESKUBIDEEN EUROPAKO ITUNA ETA 16. PROTOKOLOA

1950eko azaroaren 4an onartutako Giza Eskubideak eta Oinarrizko Askatasunak Babesteko Europako Ituna, giza eskubideen babeserako munduko tresna edo dokumentu garrantzitsuen eta eraginkorren artean koka dezakegu. Neurri handi batean, arrakasta honen arrazoia Itunak berak eratzen duen babes-sisteman datza, nagusiki, Giza Eskubideen Auzitegian, hurrengo atalean azalduko duguna. Baina ez da bakarrik babes-sistemagatik, Itunak babestutako eskubideekiko oso ikusmolde praktikoa, dinamiko, argi eta dialektikoa hartzen baitu. Saiatuko gara ezaugarri horiek banan-banan azaltzen.

Ikusmolde *praktikoa* dator eskubideak arautzen diren moduagatik eta Itunaren beraren zergatia hitzaurreak aurkezten duen moduagatik: Europako Kontseiluko kideen artean batasuna areagotzea giza eskubideen bitartez, horiek bakearen, justiziaren eta demokraziaren adierazle nagusiak direlako. Horregatik, bertan jasotzen dira Europako estatuek –tradizio politiko, ideal, askatasuna eta *the rule of law* delakoaren (zuzenbide agintearen) ondarea partekatzen dutenek– hartutako “lehen neurriak”, 1948an egindako Giza Eskubideen Adierazpen Unibertsalean jasotako “zenbait” eskubideren berme kolektiboa Europan ziurtatzeko. Itunak bermatu nahi dituen eskubideak ez dira akademiko edo hutsalak, baizik eta praktikoa eta eraginkorrak (*Airey vs Irlanda* afera, 1979-10-09ko epaia).

Ez dira denak jasotzen lehen esan dugun bezala. Goi Itunkideek beren jurisdikziopean aurkitzen diren pertsona guztiei zenbait eskubide bermatzeko konpromisoa hartzen dute (1. artikulua). Esan daiteke Itunak jasotzen dituen eskubideak Goi Itunkideek bermatzeko modukoak direla: bizitza, osotasun fisikoa, torturaren edo esklabotzaren debekua, askatasun pertsonala, alegia, *habeas corpus* eta bidegabeki atxilotua ez izateko eskubidea, askatasun politikoak (kontzientzia-, erlijio- eta adierazpen-askatasuna eta biltzeko askatasuna bereziki), segurtasuna, auzi-eskubideak, eskubide penalak, familiarako eta ezkontzeko, edo bizitza pribaturako eskubideak. Ez dira jasotzen estatuek nahi bai, baina baliabiderik ezagatik, bermatzeko ahalmen edo gaitasunik ez duten eskubideak. Eskubidea jasotzen bada, bermatu egiten da, ez da geratzen *desideratum* edo asmo huts batean. Horregatik, 13. artikulua estatuei exijitzen die euren sistema juridikoan eskubide eraginkorrak (*effective remedy*) antolatzeko, aitortzen diren eskubide horien urraketen biktimen konponketa eduki dezaten.

Konponketarako hiru bide nagusi dago: estatuek egindako giza eskubideen urraketa indibiduala eta zehatza zuzentzea, estatuei agintzea biktimari kalte-ordaina eman diezaiotela, eta kasu batzuetan estatuek arau edo neurri orokorrak hartu behar izatea urraketa zuzentzeko. Praktikotasuna eta eraginkortasuna nabari dira (Gerards 2019: Ch I). Izan ere, orain arte Goi Itunkide guztiek egin dute euren sistema juridikoaren eta politikaren aldaketaren bat Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren epaien ondorioz. Esate baterako, halako kasuetan: arrazakeriak bultzatutako bortxa, segurantza sozialeko onurak, jaio aurreko enbrioien eskanerren debekua, espetxe-baldintza ez-gizakoiak, torturak, bigarren helegitearen beharra zigor-afereetan, abiadura azkarregiagatik ezarritako administrazio-isunak, abortoa, bizitza osorako espetxe-zigorak, terrorismoaren susmopekoak erbesteratzea, erlijio-gutxiengoaren eskubideak, besteak beste. Bistan da, batzuk larriak, oso, eta beste batzuk arinagoak dira, baina urraketen biktima guztiek, Itunari esker, babesa izan dute.

Baina ikusmoldea *dinamikoa* ere bada. Ituna “lehenengo urratsez” mintzo da hitzauzrean, urrats gehiago hartuko direlakoan. Esan ohi da Ituna tresna bizi-bizia dela (*living instrument*) eta hori hala da, batez ere, jasotako eskubide horiek interpretazioaren bidez egokitzen doazelako. Interpretazioaren bitartez, jasota dauden eskubideak egoera berrie-

tara egokitzen eta aplikatzen joan da Auzitegia. Gainera, giza eskubideak ere oinarritzko kontzeptu juridiko eta zuzenbidearen funtsezko tresna gisa garatuz joan dira; eskubideon mamiak, edo muinak, Estatuarekiko eragin bertikal zuzena izateaz gain, gizabakoen eta pertsona juridikoen arteko harremanetan eragin horizontala eta zeharkakoa izatera ere pasatu direlarik (*horizontal direct effect*). Gainera, eskubideei Goi Itunkideek ezar diezazkieketen trabak, oztopoak edo murrizketak ere interpretatzen joan dira, ez bakarrik estatuen hautamen-gunea lehenesteko, bai eta eskubideen muina babesteko ere (*autonomous and substantive interpretation of the Convention rights*).

Baina dinamikoa ere bada zerrenda bera osatu daitekelako. Horretarako, protokoloek eskubide berriak gehitzea daukate. Itunaren azken fintzea edo sistematizazioa 14. Protokoloarekin gauzatu zen. Protokoloen bitartez eskubide berri hauek gehitu izan dira: jabetza, hezkuntza, hauteskunde libreak 1. Protokoloan; zorreatatik ezin espetxeratzea, joan-etortzeko (mugimendu) eskubidea, hiritarrak erbesteratzearen debekua eta atzerritarren erbesteratze kolektiboen debekua 4. Protokoloan; heriotza-zigorren debekua gerra-egoeren salbuespenarekin 6. Protokoloan eta erabateko debekua 13. Protokoloan; atzerritarrak erbesteratzeko baldintzak, auzi penaletan helegitea jartzeko eskubidea, bidegabeko kondenengatik kalte-ordaina, birritan epaitua ez izateko eskubidea, eta ezkontideen arteko berdintasuna 7. Protokoloan, eta diskriminazioaren debeku orokorra (ez bakarrik jasotako beste eskubide bati atxikia) 12. Protokoloan. Protokolo horietan aitortzen diren eskubideen berme kolektiboa berauek berretsi ditzuten Goi Itunkideen artean soilik ziurtatzen da. Horreatatik, posible da Estatu batek heriotza-zigorra gerra-egoeretan gordetzea eta beste Estatu batek erabat ezabatzea. Gainontzeko protokoloak, aztergai dugun 16.a kasu, babes-sistemari buruzkoak dira, auzibidea antolatzen dutenak. Protokolo bakoitza nazioarteko itun bat da, Europar Itunari gehitzen zaiona, eta horreatatik bizirik dagoen tresna dugu.

Hirugarrenik, esan dezagun Giza Eskubideen Europako Ituna *argia* dela. Hizkera ulergarrian idatzita dago eta sistematika egokia du. Eskubide baldintzabakoak, baldintza zorrozpeko eskubideak eta baldintzatutako eskubideak daude. Absolutu diren eskubideak ezin dira mugatu ezta premiazko edo gerrako egoeretan ere. Hauek dira, Itunaren 15. artikulua araberan inolaz ere Goi Itunkideek inoiz derogatu ezin dituzten eskubideak –zehazkiago esanda, estatuei ezartzen zaizkien erabateko debekuetatik eratortzen diren eskubideak–: tortura eta tratu ez-gizakoi eta apalgarrien debekua (3. artikulua); esklabotza edo morrontzaren debekua (4.1 artikulua) eta *nullum crimen, nulla poena sine lege* printzipioa (7. artikulua). Ondoren, badira bake-garaietan absolutu diren eskubideak, baina premiazko gerra-egoera larrietan (*Notstand*) baldintza zorrozpean muga daitezkeenak (bizitzarako eskubidea gerra-garaian); eta beste eskubide batzuk ia absolutuak, hala nola behartutako lanak edo askatasun pertsonala (6. artikulua) dakarren *habeas corpus* eta bidegabeko atxiloketaren debekua). Azkenik, badira erlatibo edo murrizgarriak diren eskubideak eta mugak mailakatuak dira, eskubideen araberan, muga hertsietatik muga lausoetara. 8. artikulua adibide tipikoa da (gure itzulpena):

(1) Pertsona orok du norbere bizitza, etxebizitza eta posta, eta bere familiako bizitza, errespetatua izateko eskubidea. (2). Eskubide honen egikaritzari ezin dio aginte publikoak trabarik jarri, nazioaren segurtasunaren, segurtasun publikoaren edo herriaren ongizate ekonomikoaren interesetan ez bada, edota anabasa edo delituen prebentziorako, osasuna edo morala babesteko ez bada, edota beste pertsonen eskubideak eta askatasuna babesteko ez bada, betiere traba horiek gizarte demokratikoan legeak aurreikusita daudenean eta beharrezkoak direnean.

Gakoa bigarren parrafoak onartzen duen traben kalibrazioan datza, jakina.

Azken kategoria horretan, bereziki, Itunaren ezaugarri *dialektikoa* agertzen da. Izan ere, murriztapenak onartuta ere, eskubidearen muin edo mamiaren babesari (*the substance of the right*) eutsi behar diote estatuek, ezin dute eskubideen gutxieneko eraginkortasuna ezabatu. Ezartzen dituzten mugek honako baldintza hauek bete beharko baitituzte: legean aurrekusiak, publikoak (argitaratuak), gizarte demokratiko batean beharrezkoak (*pressing social needs* doktrina) eta neurritz barrukoak (*least restrictive means* doktrina) izango dira, egiazko eta bidezko helburuak babesteko hartuak (*real and legitimate aims* doktrina), ez dira arbitrario edo kapritxozkoak izango, eta prozedurazko bermeak eskeiniko dituzte. Giza Eskubideen Europako Auzitegia eskubideen murrizketen baldintzen inguruko doktrina hauek guztiak lantzen joan da. Eta hain zuzen ere, eskubide mota hauen inguruan, eta eskubideen mugek edo murrizketen inguruan oreka zail bat garatzen doa, dialektika bat, Goi Itunkideei harko "hautamen-gune" edo balorazio-eremu bat aitortzen zaielarik (*margin of appreciation*) baina eskubideen mamia ere babestu eta Europatik kontrolatu behar delarik. Interpretaziorako eremu nahiko zabala irekitzen da beraz, eta ulertzekoa da zalan-tzak egotea eskubideen muina edo mami hura non dagoen zehazteko. Orain arteko Itunaren sistemarekin Goi Itunkideetako goi-mailako auzitegiek euren Estatuetakoa konstituzioek edo konstituzio-mailako legeek jasotako giza eskubideak interpreta-tzen dituzte epaietan, eta barneko helegite guztiak agortzean, epai horien azken-fi-neko auzibidea Estrasburgoko Auzitegia da. 16. Protokoloarekin, beste aukera bat gehituko zaio sistemari, alegia, goi-mailako auzitegi horiek aurrean duten auzia eten eta Estrasburgoko Giza Eskubideen Auzitegiari epai aurreko galdera egin ahal izango diote interpretazio-zalantzaren baten inguruan.

Hautamen-gunea subsidiarioratasun-printzipioarekin estekatua dago. Oraindik in-darrean ez dagoen 15. Protokoloak (2013koa, Goi Itunkideen berrespenen zain) Itune-ko hitzaurreari parrafo bat gehituko dio Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren juris-prudentziatik -lehenbizikoz *Handyside vs Erresuma Batua* afera (A 24 (1976); 1 EHRR 737)- datorren honako formula hau atxikitik: "subsidiarioratasun-printzipioaren arabera, Itun honetan eta honi atxikitako protokoloetan jasotzen diren eskubide eta askatasu-nak ziurtatzea Goi Itunkideen lehen erantzukizuna da, eta eginkizun horretan hauta-men-guneaz baliatzen dira, Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren jurisdikzio-kon-trolpean". Auzitegiak jurisdikzioa gordetzen du eskubidearen muina urratzen ez dela

kontrolatzeko, *Belgiar Hizkuntzaren* epaian esan zuen bezala, *provided that there is no injury to the substance of the right*. Itunak gutxieneko neurkinak edo babesa eskaintzen du, *minimum standards*. Hona, berriro ere, subsidiarotasunaren eta eraginkortasunaren arteko dialektika, Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren eskutan datzana.

III. GIZA ESKUBIDEEN EUROPAKO AUZITEGIA ETA 16. PROTOKOLOA

Esan dugun bezala, Auzitegia da Itunak eratzen duen erakunderik ezagunena. Ez gara hemen bere osaketan edo prozedurazko edo funtzionamenduzko arauen zehaztasunetan murgilduko, baina bai oinarritzko eskeman. Berriro ere ulertu behar dugu Itunaren sistematika: Estatu Itunkideek Itunean jasotako eskubideak euren jurisdikzioetan babestu eta errespetatzeko konpromisoa hartzen dute; nazioarteko erantzukizuna engaiatzen (hartzen) dute eskubide horiek urratuz gero. Baina urraketa Giza Eskubideen Auzitegiak soilik adieraz dezake. Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren jurisdikzioa martxan jarri ahal izateko, Estatu Goi Itunkideak afera edo arazo zehatzaren inguruan bere azkeneko hitza eman behar izan du, eta ez du bere posizionamendua aldatuko. Bi izan daitezke Estatu batek ekar ditzakeen urraketa motak: legean ezarritako xedapen bat, edo legea bera bere osotasunean (alegia, arau unibertsaletik sortzen den legegintzaren urraketa) eta arau indibiduala (arau unibertsala ezartzen duen erabaki judiziala, epaia).

Bi kasuetan beharrezkoa da Estatu horretako auzibide edo helegite guztiak agortu izana, alegia, barneko auzibideak agortzea (*exhaustion of domestic remedies*). Orduan, eta bakarrik orduan, esan daiteke Estatuak bere azken hitza eman duela lege baten edo afera baten inguruan, eta orduan bakarrik Auzitegiak aztertu ahal izango du ea Estatu horrek, bere legean edo bere epai gorenetan, Itunak aurreikusitako eskubideren baten muina errespetatu ala urratu duen. *Demopoulos e.a. vs Turkia* (2011, onargarritasuna) aferaren erabakian Auzitegiak argitu zuen moduan, barne-auzibideak agortzea eskubideen babes-sistemaren ezinbesteko baldintza da. Estatuak ez dira erantzule azken hitza emateko aukera izan arte, eta balizko urraketak estatuen sistema juridikoan zuzentzeko azken aukera erabili arte, edo erabiltzeko tenorean egon arte.

Gai horiek argitzeko, bere giza eskubideetan kaltetutako pertsonak zuzenean egin dezake eskaera Auzitegiaren aurrean, eskubide hori(ek) zein(tzu) d(ir)en adieraziz, eta horrekin batera ahal dituen egitatezko eta legezko argumentu gehienak garatuz. Orduan, Auzitegiak aztertuko du eskabidea (demanda) onargarria den. Auzitegiak bi antolakuntzatan jardungo du: Areto batean ala osoko bilkuran (Itunak jasotako giza eskubideen printzipiozko gaiak edo aferak). Azken gai hori garrantzi handikoa da, gero ikusiko dugun bezala. Auzitegiak, beraz, Estatuaren kontrol judiziala egiten du eta horretarako interpretazio judizialaren printzipioak eta metodoak erabiliko ditu, aurreko

zatian aipatutako murrizketen inguruko doktrinak (*review*). Auzitegiaren jurisprudentzia baloratu eta aztertzeko orduan, honako printzipio hauek aintzatetsi beharko genituzke: Itunak orekan dakartzan eraginkortasuna eta subsidiariorotasuna edo hautamen-gunea (lehen aipatutakoak), tokiko standard edo irizpideak, Itunak darabiltzan kontzeptuen esanahi autonomia, Ituna tresna bizia dela, Europa mailako kontsentsurik ote dagoen, prezedentearen garrantzia (koherentzia), eta Auzitegiak ezin dituela Goi Itunkideen aginteak ordezkatu hainbat gairen inguruan erabakitzeke orduan. Irizpide horiek, berriro ere, eraginkortasun eta autonomia (subsidiariorotasun) oreka horretara laburbiltzen dira.

Auzitegiaren interpretazioaren inguruan jarduteko lekua ez da hau, gaia beste leku batean aspaldi jorratu genuen (Bengoetxea eta Jung, 1991), eta funtsean orduan detektatu genuen metodo sistemiko-dinamikoak oraindik balio dezakeela esatera mugatuko naitzaizue. Baina esan beharra dago Estrasburgoko Giza Eskubideen Auzitegiak kritikak jaso dituela, hain zuzen ere, bere jurisprudentziagatik eta interpretazio metodoagatik. Kritikarik serioenak Erresuma Batuko epaileen alor batetik etorri dira, Robert Spano-k, bertako presidente denak, azaldu duenez (Spano 2014: 489):

Firstly, the Strasbourg Court, as an international court, should not second-guess domestic policy choices and judicial rulings in the national application of human rights. This criticism has also been couched in terms of the Court not going far enough in the granting of a margin of appreciation to the Member States.

Secondly, the Court has, when interpreting the European Convention on Human Rights, strayed far away from giving the text the meaning as it was understood at the time when the Convention was drafted and adopted by the Member States. Here, reference has especially been made to the alleged tendency of the Court to unify rules of criminal procedure in the Member States, to formulate obligations of a positive nature not worded in the text of Convention provisions and to expand the scope of certain rights, especially Article 8 on the right to respect for private and family life.

Ikusten denez, lehenengo kritika nagusiak subsidiariorotasun eta hautamen-gune edo -eremuarekin du zerikusia: Auzitegiak ez omen du estatuen autonomia errespetatzen. Beharbada komeniko litzateke Auzitegiak hobeto eta gertuagotik ezagutzea Estatu Goi Itunkideetan dauden ikuspegiak, baloratze- edo hautamen-gunearen aurrean, politiken eta aferen inguruan. Horrek mekanismo berri bat eskatuko luke, Auzitegia berezitasun domestikoekiko sentiberago bilakatzeko. 15. Protokoloak, subsidiariorotasunari buruzkoak, eta hein batean bederen, baita 16. Protokoloak ere, kezka horri erantzun-garri diote. Bigarren kritika interpretazio-metodoekin lotuta dago: Auzitegiak ez duela "esanahi literala" eta Goi Itunkideen "jatorrizko asmoa" aintzatetsi, eta interpretazio ausart edo aktibistari ekin diola. Kritika horiek *petitio principii* izaten dira, jatorrizko asmoa zehazki zein den edota esanahi literala zein ote den *a priori* asumitzen dutelako, Itunaren "benetako" esanahi bat egongo balitz bezala zeinaren arabera esan geneza-

keen Auzitegiaren interpretazioa urrunegi (*interpretatio praeter legem*) edo noraezean (*interpretatio contra legem*) joan dela. Baina *lex hori* zer den, horixe dago ezbaian.

Tamalez, ezin gara luzeago pausatu puntu hauetan baina Auzitegiaren lanaren beste alderdi bat, eta beste kritika bat, azalduko dugu, oraingoan soziologikoa. Neurri batean esan daiteke Auzitegia bere arrakastaren biktima bilakatu dela. Ez dira gure hitzak, Auzitegiarenak berarenak dira (*ECHR in 50 questions*, 2014: 45. galdera, "the Court has been a victim of its own success"). Urtero berrogei mila eta hirurogei mila eskabide (demanda) bitartean jasotzen ditu, eta bere epaiak emateko epe gero eta luzeagoa behar du, ia inoiz ez hiru urte baino gutxiago eta batez beste, bospasei urte inguru. Ez dago zenbaki ofizialik horri buruz Auzitegiak berak ematen dituen estatistiketan. Auzitegiaren urteko txostenaren arabera (Annual Report, 2019: 130) 2019. urtean hirurogei mila eskaera zeuden erabaki baten zain itxaron-zerrendan (Errusiatik zetorren eskaera horien % 25, Turkiatik % 16, Ukrainatik % 15; Frantziatik 506 eta Espainiatik 162 afera zetozen).

Halako zenbakiak ikusita, ez da harritzekoa Auzitegia aspalditik lan-zamagatik kezkatuta egotea, eta Europako Kontseiluan hainbat neurri eta gogoeta hartu izana zama hori arintze aldera. 11. Protokoloak (1994) lehenbiziko aldaketa sakonak ekarri zituen, ordura arte filtro lana egiten zuen Giza Eskubideen Europako Batzordea (*European Commission of Human Rights*) ezabatuz. Ondoren, 14. Protokoloan (2004), 14 bis Protokoloan (2009) eta 15. Protokoloan (2013, oraindik berretsi gabea) egin ziren aldaketarik sakonenak. 2014. urterako babes- eta kontrol-sistema erabat egokitu zen, alegia, aretoak eta osoko bilkurak, epaile bakarreko azterbideak, barneko helegiteen sistema aretotik osoko aretora, prozedura epeak murriztea, eta abar luze bat, hemen aztergai ez duguna, gure aztergaia 16. Protokoloa baita.

IV. 16. PROTOKOLOA: EPAI AURREKO GALDEKETAREN TRESNA AUSARTA

Ikusi dugu 15. Protokoloak subsidiaritasun-printzipioa Itunean formalki barneratzen duela, Goi Itunkideen hautamen-gunea aitortuz. Ildo beretik, 16.ak ere Goi Itunkideak giza eskubideen babeserako sisteman inplikatu nahi ditu, baina oraingo honetan tresna berri batekin. Estatuak Itunean jasotako edo Itunari gehituriko, eta Itunkideek berretsitako protokoloetan jasotako giza eskubideren bat urratu duten, *a posteriori* kontrolatu beharrean, Goi Itunkideetako goi-mailako jurisdikzioek aukera izango dute, *a priori*, epaitu baino lehenago, galdeketa berezi bat Giza Eskubideen Europako Auzitegiari igortzeko, epai aurreko galdera bat hain zuzen ere. Horrela, Auzitegiak aholku-irizpen baten (*advisory opinion*) bidez erantzun ahal izango die, Itunean jasotako eskubideren baten inguruko printzipiozko gakoak argituz.

Ez da hau lehenengo aldia Europar Itunaren sisteman aholku-irizpenaren ideia azaltzen dena. Izan ere, 2. Protokoloak Itunari 47, 48 eta 49. artikulua gehitu zizkion irizpenak emateko prezedentearekin. Baina irizpen oso desberdinez ari gara. Europako Kontseiluko Ministroen Batzordeak, kideen gehiengoz, Auzitegiari eska diezaiokie Itunaren eta protokoloen interpretazioari buruzko galdera juridikoen inguruko aholku-irizpenak emateko, baina ez Itunak eta bere protokoloek jasotzen dituzten eskubideen eta askatasunen inguruan (Itunaren I. Atala), ezta Auzitegiak aztertzen dituen aferekin zerikusirik izan dezaketen galderetan ere. Auzitegiak onargarritasunaren inguruan erabakiko du eta, onartuz gero, bidezkotutako aholku-irizpenak (*advisory opinions*) emango ditu, boto partikularrekin halakorik balego, Goi Itunkideei jakinaraziko zaizkienak. Ikusten denez, 16. Protokoloak aurreikusten dituen bidezkotutako aholku-irizpenak oso desberdinak dira.

Protokolo berriztatzaile honen sorrera *Interlaken* deritzon prozesuan koka daiteke, alegia, giza eskubideen errespetua Goi Itunkideen baitan, estatu-barruan, hobetzeko beharra bultzatzen duen desmarta; Auzitegiako presidentearen hitzetan, *the need to improve the protection of human rights at the domestic level* (Spielman, 2013: 8). Prozesu luze hau, jakintsuen txosten batetik abiatu zen, Suitzako Interlaken hiriko eztabaida eta adierazpenetatik igaro eta 2012ko Brighton-go Adierazpena deiturikora eramane zuten, Estrasburgoko Auzitegiaren etorkizunari buruzkoa, Europako Kontseiluko Parlamentu Asanbladak bere egin zuena, 15 eta 16. protokoloak 2013an onetsiz. Goi Itunkideen berrespenetara zabaldu zen berehala. 15. Protokoloak bere 7. artikuluan Goi Itunkide guztien berrespena eskatzen duen bitartean, 16. Protokoloak, bere 8. artikuluan, hamar Goi Itunkideren berrespena eskatzen du indarrean sartu ahal izateko. Hau erdietsita dago jadanik, 2018-08-01an iritsi baitzen hamargarren berrespena, Frantziar Errepublikarena, eta nahiz eta lerro hauek idazten diren garaian bederen, Espainiak oraindik ez dituen ez bata ez bestea berretsi, Protokoloa berresten duten kideentzat Europar Itunari bost artikulua berri gehituko zaizkio, protokoloaren lehenengo bost artikulua hain zuzen ere, eta berretsi duten estatuek eskura daukate Europar Auzitegiari epai aurreko galdeketak egitea, Itunaren interpretazioaren laguntza gisa. Jadanik lehenengo galdeketa-aferek sortzen hasi dira, gero ikusiko dugunez.

Tresna berri horren zergatiaz galdetzea ez dago soberan. Lehen hurbilketa batean ikusten dugu sistema berri horrek Europar Itunaren funtsezko printzipio baten kontra talka egiten duela, alegia, barneko auzibideak agortzeko behararekin. Horregatik ari gara esaten gure testu honetan tresna ausarta dela; orain arte Auzitegiak ez diolako inoiz ere bere jarduerari ekin Goi Itunkideek azken hitza eman gabe. Sistema berriarekin Auzitegiak ez du Itunkidea aztertzen edo kontrolatzen, ez du epaitzen, laguntzen baizik. Auzitegiaren iruditegian betidanik egon da subsidiarotasunaren ideia, baloratze- edo hautamen-gunea aitortzea eta azken fineko kontrola egitearena, eskubideen muinari erreparatuz. Horregatik, Auzitegiak ez du inoiz ere inolako asmorik izan etxeko edo barneko (*domo*) auzitegiak ordezkatzeko. Aferak eta kasuko berezitasunak epaitzeko or-

duan, *the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (von Hannover vs Alemania afera 2, 2012)*. Auzitegiak betidanik izan du oso argi jurisdikzio bakoitzaren errola eta eginkizuna, eta bere zeregina azken fineko kontrola izan dela. Horregatik, beharrezkoa zen estatu barneko auzibide edo helegiteak agortzea Estrasburgoko jurisdikzioa eragin baino lehen (*exhaustion of domestic remedies* doktrina).

Baina orain, beste eginkizun berri bat asumitzen du Giza Eskubideen Auzitegiak, Goi Itunkideetako goi-mailako jurisdikzioekiko elkarrizketarena hain zuzen ere. Interlakengo prozesuarekin bat eginez, estatuei dagokie giza eskubideen babes, eta eginkizun horretan Estrasburgoko Auzitegiaren laguntza jaso dezakete, eskatuz gero. Hobe da, *a priori* jasotzea Ituneko giza eskubideak interpretatzeko laguntza, beren auzietan aintzakotzat hartu eta aplikatu dezaketen laguntza, Estrasburgoko Auzitegiaren epaia eta kontrola *a posteriori* jasotzea baino, behin epaitu ondoren. Askoz hobea izango da alde zuzenetik giza eskubideekiko bateragarria den soluzio bat lortzea, ostean, eta zuzenren berandu, jasotzea baino. Estatu Goi Itunkidearentzat ere, hobe da Auzitegiaren irizpenarekin bat datorren erabakia hartu ahal izatea giza eskubideren bat urratu duela dioen epai bat jaso ordez.

16. Protokoloak ezartzen duen sistematikari helduko diogu orain. Lehenengo oharra da ez nahastea Europar Batasuneko Justizia Auzitegian hasiera batetik erabili izan den epai aurreko galdeketa-sistema Europar Batasunaren Funtzionamenduari buruzko Tratatuaren 267. artikularekin, epai aurreko galdeketa hagitz desberdinak baitira. Balegoke nahasteko joera, baina tresna desberdinak dira, funtsean. Ikus dezagun. Nork egin dezake epai aurreko galdeketa? 16. Protokoloaren 1. artikulua jurisdikzio gorenak aipatzen ditu, mugagabeen (*highest courts or tribunals*), baina ez du mugatua (*the highest*) erabiltzen eta, beraz, ez dute zertan gorenena izan. Jurisprudenziari dagokio hau argitzen joatea, baina printzipioz Estatu bakoitzak zehaztuko du; eta Protokoloaren 10. artikulua ikusita, ez luke zertan azken helegiteko jurisdikzioa izan behar. Izan ere, xedapen horrek aurrekusten du protokoloa berresten duten Goi Itunkideak berek izatea "jurisdikzio goren" horiek zeintzuk diren zehazten dutenak; ez hori bakarrik, zehaztaper hori alda dezakete, betiere, Auzitegiari horren berri zuzena emanaz.

Azken hitza, beraz, Goi Itunkideek dute, eta ez Auzitegiak. Jurisdikzio goren horiek izango dira galdeketa egiteko aukera dutenak. "Aukera" esaten dugu, librea baita Itunaren eskubideren baten inguruko interpretazio- edota aplikazio-zalantza baten aurrean galdeketa egitea, baina ez dago inolako betebeharririk galdeketa egiteko. Erabateko baimen baten aurrean gaude. Puntu honetan Luxenburgoko Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren sistemarekin bereizketa nagusi bat aurkitzen dugu, zeren estatu kideetako edozein jurisdikzioek -auztegiak zein epaitegiak- galdeketa egitea dauka (baliokotasunari buruzko kezka balitz, behartuta daude, *Foto-Frost* jurisprudentziaren arabera), eta estatu kideen Justizia Administrazioan dauden jurisdikzioek, azken fineko helegiteaz arduratzen diren horiek, egiazko zalantza dutenean, galdeketa egiteko betebeharra dute (*Cilfit* doktrinaren interpretazioan).

Zeri buruz galde dezakete jurisdikzio gorenak 16. Protokoloaren arabera? Galdeketa beraien aurrean ezbaian dagoen auzi baten inguruan egin behar dute; egiazko afera batean non, epaia emateko, Itunak edo honi atxikitako protokoloaren batean jasotako giza eskubideren edo funtsezko askatasunen baten inguruko zalantza argitzeko beharra duten. Eta ez edonolako zalantza, giza eskubide horren interpretazio edo aplikazioari buruzko printzipiozko gakoan inguruko zalantza behar da. Galdeketa planteatzen duen jurisdikzio gorenak bere galdera egiteko arrazoia bidezkotu beharko du: aferaren inguruko oinarritzko informazioa eman behar du, bai egitateak argituz, eta baita arau juridikoen inguruko azalpenak emanez ere, Estrasburgoko Auzitegia laguntzeko tenorean kokatu behar du, erantzun edo irizpen eraginkor eta praktikoa jaso nahi badu. Baina aholkua emateko orduan Estrasburgoko Auzitegia ezin da sartu aferaren egitateetan, ezta auzilarien ikuspuntuak baloratzean, ezta arau domestikoetan eta ezta aferari eman beharreko epaian ere. Tentuz, bakarrik printzipiozko gakoei helduko die³.

Jasoko duten irizpena, aholku-iritzia izaki, kontuan hartuko dute auzia erabakitzeko, baina ez dute zertan jarraitu, Europar Auzitegiaren irizpena ez delako loteslea. Aholku bat da. Eta ez da epaia edo erabakia, irizpena da, iritzia. Beharbada epai loteslea izango balitz bi jurisdikzioen arteko harremana ez litzateke dialogikoa edo elkarrizketan oinarritua izango. Disziplinazko eta hierarkiazko harremana litzateke eta hori Itunaren beraren espirituaren aurka letorke, non Giza Eskubideen Europako Auzitegia subsidiarioa den. Estatu bateko jurisdikzio goren batek Europar Auzitegiari nekez eskatuko lioke Itunak jasotako eskubide edo askatasun bat interpretatzen edo aplikatzen laguntzeko erantzunak *a quo* jurisdikzioa, galdetzen duena, erabat lotuko balu, epaia berari baitagokio, aferaz ezagutzen duen jurisdikzioa izaki. Era berean, nekez planteatuko lioke galdeketa erantzuna hartzeko denbora oso luzea itxaron beharko balu. Horregatik azkar erantzutea, eta erantzun praktikoa bat ematea interesatzen zaio Estrasburgoko Auzitegiari.

Nola helduko dio Giza Eskubideen Europako Auzitegiak epai aurreko galdeketa? Protokoloaren 2. artikulua ildo nagusiak ematen dizkigu. Estrasburgoko Auzitegiak Goi Itunkide baten jurisdikzio goren batek bidezkotutako galdeketa jasotzen duenean egingo duen lehenengo gauza premiazko trataera ematea da, epeak gehiegi ez luzatzearen. Laguntza emateko bada, nahiko erantzun bizkorra eman beharko du, bestela ez dio asko lagunduko. Horretarako areto berezi bat eratuko du galdeketa onargarritasunaz erabakitzeko (1. artikulua). Areto Nagusian eratutako batzorde (*panel*) batek

3 "L'objectif de la procédure n'est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance (...). La Cour n'est compétente ni pour se lier à une analyse des faits, ni pour apprécier le bien-fondé des points de vue des parties relativement à l'interprétation du droit interne à la lumière du droit de la Convention, ni pour se prononcer sur l'issue de la procédure. Son rôle se limite à rendre un avis en rapport avec les questions qui lui ont été soumises. C'est à la juridiction dont émane la demande qu'il revient de résoudre les questions que soulève l'affaire et de tirer, selon le cas, toutes les conséquences qui découlent de l'avis donné par la Cour pour les dispositions du droit interne invoquées dans l'affaire et pour l'issue de l'affaire". AVIS CONSULTATIF demandé par la Cour de cassation française (Demande no P16-2018-001) 10 avril 2019, #25.

erabakiko du galdeketa onargarria den. Panel horretan galdeketa egiten duen Goi Itun-kideko jurisdikzio goreneko ordezkari batek hartuko du parte eta berak ezingo balu, Europar Auzitegiko presidentek ordezkari epaile bat hautatuko du Goi Itunkidea den estatu horrek alde aurretik emandako zerrenda batetik.

Onargarritasunari buruz erabakitzeke, funtsean, honako bi urratseko azterketa egiten da: aipatzen diren egoerak, pertsona bat edo gehiagori kalte sortzen dien egoerak –egitateak eta jokoan dauden arauak, ekintzak edo erabakiak– Itunarekin zerikusirik ote duten, beste hitzetan esanda, (1) zehazki Ituneko edo bere Protokoloetako zein giza eskubide edo oinarrizko askatasun dagoen jokoan, eta (2) Estatu Goi Itunkidearen aldetik ba ote dagoen eskubide edo askatasun hori urratzen duen neurririk. Bi urrats horiek ezinbestekoak izango dira: (a) Estatuari egotzi behar zaion ekintza bat –dela bere sistema juridikoan dagoen arau juridiko bat, dela bere agintarien ekintza edo erabaki bat– zeinak (b) eskubide edo askatasunaren bat (c) pertsona bati, biktima bati, urratzen dion, (d) kalteak sortuz. Bi (edo lau) galderei baietz erantzuten bazaie, ondoren panelak aztertzea dauka ea (3) planteatzen zaion egoera eta galdeketa berria den, printzipiozko gakoak sortzen ote dituen, gaiaren inguruan jurisprudentzia ezarria ote dagoen ala benetan kasu zaila ote den (*hard case*). Azken ideia hori oso zaila da neurtzen eta kasuak aztertu beharko genituzke horrela den jakiteko, baina orain arte ez da galdeketa errefusatu. Galdeketa onartezintzat jotzen bada errefusa arrazoitu edo bidezkotu beharko du panelak, eta orain aipatu dugun azterketa azaldu beharko luke (1, 2 eta 3).

Baina galdeketa onartzen bada, orduan panelak Areto Nagusiari pasako dio, honek azter dezan, eta aholku-irizpena eman dezan. Irizpenak ere bidezkotua behar du izan, alegia irizpenaren aldeko arrazoiak eman behar ditu Auzitegiak. Eta zeintzuk izan daitezke arrazoi horiek? Aurreko paragrafoan emandako bi (1-2, edo a, b, c eta d) urratsei erantzunez –alegia, ea Ituna jokoan dagoen, zein eskubide edo askatasuna legokeen jokoan, eta ea Estatuari egotzi dakioken identifikatutako eskubide edo askatasun horien urraketa –, eta hirugarren urrats garrantzitsu bat gehitu beharko die. Giza eskubidearekiko edo askatasunarekiko traba, murrizketa edo oztopoa bidezkotuta egon ote daitekeen. Hauxe da azterketarik zailena. Horretarako Itunak jasotzen dituen eskubideen ezaugarrietara itzuli behar gara: eskubide batzuk absolutuak dira, beste batzuk ez. Absolutu diren eskubideak, erabateko debekuen bestaldean izanik, ezin dira inoiz ere murriztu edo urratu, eta beraz nahikoa litzateke eskubide horietarako aurreko paragrafoan egindako bi urratseko azterketari emandako arrazoiak azaltzea. Horrela, irizpena bidezkotuta legoke. Baina zailtasuna ez dago hor, gakoa erlatiboak diren eskubideetan datza, Itunak berak trabak edo mugak onartzen dituelako, hainbat baldintzapean, eta bertan estatuen “hautamen-gunea” jokoan egon daitekelako. Hemen, alderdi desberdinek (auzilariek eta galdeketa bidaltzen duen epailea, *a quo* auzitegia) eman ditzaketen argumentuak oso garrantzitsuak izango dira. Baina Auzitegiaren azterketari ekin baino lehenago prozedura bat dago, alderdiek beren ikuspegia emateko aukera dutelarik. Ikus dezagun nortzuk har dezaketen parte elkarrizketa honetan.

Europako Kontseiluko Giza Eskubideen batzordeburuak (*Commissioner of Human Rights of the Council of Europe*) iritzia eta argumentuak eman ditzake kasu guztietan, baina ez du zertan eman eta orain arte izandako kasu bakarrean, beherago azertu-ko duguna, ez du eman. Baita ere galdeketa datorren Estatu Goi Itunkideak, Protokoloaren 3. artikuluan hala jasotzen delako: subsidiariorotasunari keinu berezia berriro ere. Kasu horretan suposatzen da Estatuak eskubide hori erabiliko duela. Parte-hartze hori, normalean, idatziz izango da, baina Auzitegiak erabaki dezake ahozko saio bat ere egitea, eta orduan bi erakunde horiek ahoz ere parte har dezakete euren ikuspegia azaltzeko. Gainera, diskrezionalki, Areto Nagusiko presidentek erabaki dezake egoki irizten zaion beste edonori deitzea, gainontzeko Goi Itunkideak barne, idatzizko zein ahozko ekarpenak egin ditza(te)n. Pentsatzekoa da auzi nagusia ekarri duen alderdia ere deitua izan daitekeela, baina hau ez da derrigorrez aurreikusten; eta hori da beste ezberdintasun bat Luxenburgoko prozesuarekin, zeren eta bertan, epai aurreko galdeketa-prozeduran, afera ekarri duen alderdiek eta, *a quo*, afera nagusian egon daitezkeen gainontzeko alderdi zein hirugarrenek ere Luxenburgon idatzizko zein ahozko ekarpenak (behaketak edo iritzia) emateko eskubidea dute. Gainera, ez dezagun ahaztu Giza Eskubideen Europako Itunaren sisteman bi hizkuntza ofizial daudela, ingelesa eta frantsesa, eta beraz, aurkezten diren galdeketak eta idazkiak hizkuntza horietako batean izango direla. Irizpena ere hizkuntza horietako batean emango da.

Zer nolako indarra daukan Auzitegiaren irizpenak? Lehen esan dugun bezala Auzitegiaren irizpenak ez dira lotesleak, laguntzeko asmoarekin egiten dira, baina Protokoloak argi agintzen du irizpenak arrazoitua izan behar duela beti (4. artikuluan). Horrek adierazten du Auzitegiaren asmoa dela Itunaren interpretazio egokia eta ulergarria egitea. Gainera, xedapen horrek boto partikularrak aurreikusten ditu, eta horiek osoak edo zatikakoak izan daitezke; hona hemen Luxenburgoko sistemarekiko beste desberdintasun bat, boto partikularrik ez dagoelako. Xedapen horrek Auzitegiari agintzen dio irizpena *a quo* jurisdikzioari eta Goi Itunkideari jakinarazteko eta irizpenak argitaratzeko. Sistema prebentiboa denez, Goi Itunkide baten jurisdikzio goren batek galdetzen badu pentsa dezakegu ondoren kasu egiteko eta irizpena jarraitzeko galdetuko zuela, baina beharbada *a quo* jurisdikzioa gertuago egon daiteke boto partikular batetatik Areto Nagusiaren gehiengotik baino, eta ezerk ez du agintzen, ezta kentzen ere, azkenean auzi nagusian beste interpretazio bat lehenestea, boto partikular batena esate baterako. Hori gertatuko balitz, afera batean epai aurreko galdeketa bat egin izanak ez luke eragotziko afera berriz Estrasburgoko Auzitegira ekartzea, oraingoan bai, barneko helegite guztiak agortzen direnean, Estatuaren azken erabaki horren kontra. Hori gertatuko balitz, Europar Auzitegiak aferaren onargarritasuna aztertu beharko luke eta onargarriztat joz gero, gaia sakonean aztertu beharko luke, baina Ituna interpretatzerakoan bere aurreko aholku-irizpena oso kontuan hartu beharko luke. Aipatu berri dudan egoera hipotetikoa da, jakina, baina ez dago Protokoloan hipotesi hori baztertzen duen xedapenik.

V. 16. PROTOKOLOAREN ERAGINA EUROPAR GIZA ESKUBIDEEN SISTEMAN

Goizegi da 16. Protokoloak Itunaren sistemaren gainean nolako eragina izango duen jakiteko. Kasu batek besterik ez du orain arte irizpenik jaso, eta bigarrena aztertzen ari da uneotan. Frantziako *Cour de Cassation* auzitegiak 2018ko urriaren 16an helarazi zion Giza Eskubideen Europako Auzitegiari epai aurreko galdeketa bat, lehenengo 2018ko abuztuaren 1ean protokoloa indarrean sartu denetik. Nahiko galdera katramilatua da (gure itzulpena):

1. Atzerrian jaio den haurren jaiotza, ordezko edo alokairuzko ama batena, jaiotzen errolda zibilean sartzeari uko egitean, nahiz eta atzerriko jaiotza-agiriak haur horren "asmozko ama"⁴ bere "legezko ama" dela adierazi, eta nahiz eta bere asmozko aita, biologikoa dena, erroldaren agiriak adierazten duen neurrian onartzen den bitartean, Estatu Goi Itunkide batek Europar Itunaren 8. artikulua aitortzen dion hautamen-gunea gaindituko ote luke? Eta zentzu honetan, bereizketarik egin beharko al zen haurra amaren obulua erabilita sortua izan ala beste emakume baten obulua erabilita sortua izatea?
2. Goiko galderetako baten bati baiezkoa erantzunez gero onargarri eta Itunaren 8. artikuluekin bateragarri izango al litzateke honako soluzioa: asmozko amak aita biologikoa den bere ezkontidearen haurra adoptatzea, hau denean ama-haurra erlazio juridikoa ezartzeko modua?

Komeni da jakitea galdeketa hau egiten den aferak ere soka luzea duela. Izan ere *Mennesson et Labasse v. France* (no. 65192/11, 2014ko ekainaren 26ko) Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren epaia du abiapuntu. Menesson bi haurrak Kalifornian jaio ziren amatasun subrogatuaren bitartez eta Estatu Batuetan euren filiazio-erlazioa arazorik gabe ezarri zen gurasoekiko (ama subrogatuari ez zitzaion zerbitzuagatik ordaindu, bakkarik jasandako gastuak konpentsatu). Halere, Meleson haurrek ezin izan zuten Frantziaren guraso-haur erlazio hori erroldatu, Estatu Batuetan arrezagutua izan arren, ezta aitarekikoa ere, Pariseko apelazio-auzitegiak frantziar errolda zibilean egindako Menesson haurren jaiotza-agiri estatubatuarren transkripzioa ezabatu zuelako 2010an, gero Kasazio Auzitegiak berretsitako erabakia. Estrasburgoko Auzitegiak orduan esan zuen urraketa bazegoela, baina ez haurren eta gurasoen *familia-bizitzaren* errespeturako eskubidearena baizik eta haurren *bizitza pribatuaren* errespeturako eskubidearena. Frantziak bere zuzenbidea aldatu zuen aita biologikoaren kasuan guraso-haur erlazio juridikoa arrezagutuz eta asmozko aita bezala onartuz, baina amaren kasuan asmozko

4 Zaila da termino hau itzultzea, ingelesez *intended mother*, frantsesez *la mère d'intention*. Erroldatzeko orduan, interesatuak adierazten du ama gisa nor izendatzeko asmoa daukan. Legezko ama da, aldiz, legalki amatzat jotzen dena. Ama biologikoa ernalketa, ernaldi eta erditzearena litzateke. Joera nagusia da ama biologikoa legezko ama izatea.

ama ezin zen legezko ama izan, ama biologikoa ezean. Horregatik kasazioraino iritsi ziren, berriro ere, Mennessondarrak, eta kasazio-helegitearen berrazterketa eskatu zuten (*demande de réexamen du pourvoi en cassation*), eta berrazterketa horren inguruan sortu da galdeketa hau.

16. Protokoloaren 3. artikulua aplikatuz, aholku-irizpenerako prozeduran, Areto Nagusiaren aurrean, Menesson familiako lau kideek, gurasoek eta haurrek bakoitzak bere aldetik, eta Frantziako Errepublikako Gobernuak idatzizko "oharrak" aurkeztu zituzten Estrasburgoko Auzitegiari. Gainera, Auzitegiak honako parte-hartzaile hauek eta euren idazkiak onartu zituen: Erresuma Batua, Txekiar Errepublika eta Irlanda Goi Itunkide gisa, eta Frantziako Ombudsman bulegoa, eta Trentoko Unibertsitateko Soziologia Saileko Genero Disziplinarteko Ikasketen Institutoa eta baita ere honako gobernu kanpoko erakunde hauek: AIRE Centre, Helsinki Foundation for Human Rights, ADF International, International Coalition for the Abolition of Surrogate Motherhood, eta Bukaresteko Sendagile Katolikoek Elkarteak. Horrez gain, Estrasburgoko Auzitegiak Europako Kontseiluko berrogeita lau Goi Itunkideen zuzenbideek amatasun subrogatuaren inguruan arautzen dutena erkatu ondoren, 23. parrafoan ondorioztatu du ez dagoela tratamendu komunik, hogeita lau estatutan debekatua, hamarretan toleratua eta bederatzitan baimenduta dagoelarik. Baina edozein kasutan, subrogatutako ernaldia debekatua egon, toleratua egon ala baimendua egon, hainbat Goi Itunkiderengan (19 estatutan) onartzen da genetikoki ama ez den asmozko ama legezko ama eta guraso-haur erlazio juridikoa aitortzea, eta are Estatu gehiagotan aita biologikoen kasuan (31 estatutan). Modalitateak ere asko aldatzen dira estatuz estatu, adopzioa aukera bat, besteren artean, izaki.

Galdera korapilatsu hauei Auzitegiko 17 kide duen Areto Nagusiak emandako erantzuna, 2019ko apirilko 10eko aholku-irizpena, ez da atzean geratzen, lanbro eta labirintoen eremuan. Dakusagun (gure itzulpena):

Haurra atzerrian jaio denean ernaldi-subrogazio akordio baten arabera, "asmozko aita"ren gametoen bitartez ernaldua, eta guraso-haurra asmozko aitarekiko erlazio juridikoa barneko zuzenbidean (domestikoa) arrezagutzen denean,

1. Giza Eskubideen Europako Itunaren 8. artikulua arabera haurraren bizitza pribaturako eskubideak exijitzen du zuzenbide domestikokoak "asmozko ama"rekiko guraso-haur erlazio juridikoa arrezagutu dezala, ama hori atzerrian legez emandako jaiotza-agirian "legezko ama" bezala agertzen delarik,

2. Bizitza pribatuaren errespeturako haurraren eskubideak ez du, ordea, eskatzen arrezagutza horrek atzerrian legez emandako jaiotza-agirian agertzen diren zehaztasunak jasotzea jaiotzen, ezkontzen eta heriotzen errolda zibilean "sarrera"ren formaren bitartez; bestelako aukerak, hala nola asmozko amak haurra adoptatzea, erabili daitezkeelarik.

Irizpena bera ez da oso luzea, bost mila hitz inguru ditu, ohiko epaiak askoz luzeagoak izaten dira (15.000 hitz inguru batez beste). Bost hilabetetan hartu zen, epaiak egiteko bost urteen orde. Beraz, bizkor eta laburra. Zaila da esatea nolako laguntza praktiko ematen duen irizpen horrek, baina funtsean epai pragmatikoa bilatzeko aholkatzen dio Giza Eskubideen Auzitegiak Kasazio Auzitegiari, haurren interesean ahalbidetzea legezko ama erroldan asmozko ama izatea nahiz eta ama biologikoa ez izan, are gehiago ernalketarako asmozko amaren gametoak erabiliak izan balira (kasu honetan ez bezala #47). Kasazio Auzitegiak haurren interesa aintzat hartu behar du, eta jabetu behar da asmozko amarekiko filiazioaren arrezagutza ezak haurrari kaltea sortzen diola, gizartean duen identitatearen inguruan ziurgabetasun juridikoa sortuz⁵. Horretarako, Frantziako zuzenbidean dagoen soluzio bakarra, adopzioarena alegia, erabiltzea beste erremediorik ez badago, ba hori erabiltzeko proposatzen du eta saihesteko atzerriko agiriak izendatzen dituen "legezko ama" -biologikoa ez den ama bezala ulertuta- aldi berean asmozko ama izatearen zehaztasunak. Gai honetan Auzitegia jakitun da (#57 eta 58) adopzioa ez dela soluzio ideala, adoptatzaileek ezkondata egon behar dutelako eta subrogazio-amaren onarpena beharrezkoa litzatekelako, baina ez da gai horien azterketan sartu, aholku-irizpenaren prozeduran ezin duelako eta, beraz, Kasazio Auzitegiari dagokiolako.

Auzitegiak aitortzen du subrogazio-amatasunaren inguruan ez dagoela europar mailako nahiko kontsentsurik (#43 eta lehen aipaturiko azterketa konparatua #23an), jarrera etiko-juridiko oso desberdinak daudela eta berari ez dagokiola horretan sartzeari, subsidiarotasunaren eremuan kokatzen delako, eta arlo horretan estatuek hautamen-gunea dutela. Aipatzen du gai horren inguruan nazioarteko itun bat prestatzen ari dela, Hagako konferentziaren baitan, nazioarteko zuzenbide pribatuaren ikuspegitik erantzun komun bat emateko asmoz (#59). Baina hala eta guztiz ere, estatuek ezin dituztela, diskrezio horregatik, haurren interesak kaltetu, guraso-haur erlazioak haurren nortasunari eragiten baitio, eta eremu horretan Goi Itunkideen hautamen-gunea murriztu egiten dela. Frantziako barneko zuzenbideak, Goi Itunkideen etxeko zuzenbideek (domestikoeak), horrelako guraso-haur erlazio juridikoa arrezagutu beharko luke asmozko ama atzerrian emandako jaiotza-agirian agertzen den legezko ama denean ere bai. Baina horrek ez du inplikatzeko Goi Itunkideek atzerriko agiritan agertzen diren zehaztasun guztiak euren (Goi Itunkideen) errolda zibiletan berdin jasotzera behartuta daudenik. Forma edo modu zehatzak aukeratzeko orduan Goi Itunkideek hautamen-gune zabalagoa baitute, eta adopzioa izan daiteke guraso-haur erlazioa finkatzeko modu onargarria.

Irizpen salomonikoa, ekitatea bilatzen duena, zuzenbide domestikoa berriro ere aldatzeko beharrik ezarri gabe. Agian hori izango da etorkizunean subsidiarotasunaren jitea eta epai aurreko galdaketei Auzitegiak emango dion irizpen-tonu epel eta ore-

5 "l'absence de reconnaissance en droit interne du lien entre l'enfant et la mère d'intention défavorise l'enfant dès lors qu'il le place dans une forme d'incertitude juridique quant à son identité dans la société" (aholku-irizpena, #40 eta 42).

katua, eta beharbada hori eskertuko dute⁶. Horrela balitz, *a quo* jurisidkzioari erabakitzeko eremu zabala utziko zaio, eta elkarrizketa ez da etengo, baina arriskua da *a quo* jurisidkzioek irizpen konprometituagoa bilatzea eta azkenean galdeketari uko egitea. Ikustear dago nola garatzen den epai aurreko galdeketen praktika eta aholku-irizpenen "jurisprudenzia". Hurrengo geltokia Armenian dago, oso afera delikatu baten inguruan, Konstituzio Auzitegiak galdetzen baitu arau penal zigortzaile bat (kode penalarren 300. artikulua) atzera begira aplikatu ote dakioken orduko presidenteari, 2008ko istiluetan Estatu-botereak bereganatzeagatik. ♦

BIBLIOGRAFIA

Bengoetxea, J. eta Jung, H. (1991). Towards a European Criminal Jurisprudence? The Justification of Criminal Law by the Strasbourg Court. *Legal Studies* 11(3):239–80.

European Court of Human Rights (2020). *Annual Report 2019 of the European Court of Human Rights, Council of Europe*. Strasbourg. Hemendik eskuratua
https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2019_ENG.pdf

European Court of Human Rights (2014). *The ECHR in 50 Questions*. Strasbourg: ECHR, Public Relations Unit. Hemendik eskuratua
https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_SPA.pdf

Gerards, J. (2019). *General Principles of the European Convention of Human Rights*, Cambridge University Press.

Spano, R. (2014). Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity. *Human Rights Law Review*, 14(3):487–502.
<https://doi.org/10.1093/hrlr/ngu021>

Spielmann, D. (13 January 2014): Allowing the Right Margin: *The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?* [Speech]. Heidelberg: Max Planck, Institute for Comparative Public Law and International Law. Hemendik eskuratua
https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140113_Heidelberg_ENG.pdf

Reed, R. J. (11 November 2013). *The Common Law and the ECHR*, [Speech at the Inner Temple]. London: Inner Temple. Hemendik eskuratua
https://d17g388r7gqnd8.cloudfront.net/2017/08/lecture_reed_2013.pdf

6 Lord Reed-en hitzetan, "[The] Strasbourg Court's aim is not to construct a code to be adopted by the 47 contracting states. It knows very well that there are important differences between the various societies and legal systems. But the Court is developing a body of high level principles which can be taken to be applicable across the different legal traditions. Bearing that in mind, in the Strasbourg law, as in our own, we need to identify the principles underlying the development of a line of authorities on a particular topic. We can then develop our law, when necessary, by finding the best way, faithful to our own legal tradition, of giving expression to those principles. If we do so, our domestic legal tradition can continue to develop". Euskarara moldatuta "itzuli" zerbitzuaren laguntzaz: "Estrasburgoko Auzitegiaren helburua ez da 47 estatuek adoptatu beharreko kode bat eraikitzea. Oso ongi daki ezberdintasun handiak daudela hainbat gizarte eta legezko sistemaren artean. Baina Auzitegia maila altuko printzipioen gorputz bat garatzen ari da tradizio juridiko desberdinetan aplikagarria izateko. Hori kontuan izanda, Estrasburgoko zuzenbidean, gurean bezala, gai zehatz bati buruzko arauen multzo baten garapenaren azpian aurkitzen diren printzipioak identifikatu behar ditugu. Orduan gure zuzenbidea gara dezakegu, hala behar izanez gero, gure tradizio juridikoarekiko fidel zaion biderik onena aurkituz, printzipio horiei adierazpena emanaz. Horrela egiten badugu, gure etxeko tradizio juridikoak (domestikoak) garatzen jarraitu dezake". (Reed 2013:15)