

SLUČAJ S.L. PROTIV AUSTRIJE

(Predstavka br. 45330/99)

PRESUDA

Strasbourg, 9. januar 2003. godine

U slučaju **S.L. protiv Austrije**, Evropski sud za ljudska prava (Prvo odjeljenje), zasijedajući kao Veliko vijeće u sastavu: gospodin C.L. ROZAKIS, predsjednik, gospođa F. TULKENS, gospodin G. BONELLO, gospođa N. VAJIĆ, gospođa S. BOTOCHAROVA, gospodin A. KOVLER, gospođa E. STEINER (sudije) i gospodin S. NIELSEN, zamjenik sekretara Odjeljenja, pošto je razmatrao slučaj na zatvorenim sjednicama dana 5. decembra 2002. godine, donosi sljedeću presudu, usvojenu posljednjeg navedenog datuma:

POSTUPAK

1. Slučaj je formiran predstavkom (br. 45330/99) protiv Republike Austrije podnijete Evropskoj komisiji za ljudska prava (u daljem tekstu: Komisija) pozivajući se na raniji član 25. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija) od strane austrijskog državljanina gospodina S.L. (u daljem tekstu: podnosilac predstavke) dana 19. oktobra 1998. godine.

2. Podnosioca predstavke je zastupao g. H. Graupner, advokat iz Beča. Državu Austriju (u daljem tekstu: Država) je zastupao njen agent, Ambasador H. Winkler, Šef Međunarodnog pravnog odjeljelja u Saveznom ministarstvu za spoljne poslove.

3. Podnosilac predstavke je tvrdio da održavanje na snazi člana 209. Krivičnog zakona Austrije, koji kažnjava homoseksualne odnose odraslih muškaraca sa saglasnim tinejdžerima između četrnaest i osamnaest godina, krši njegovo pravo na poštovanje njegovog privatnog života i da je diskriminatorno.

4. Predstavka je dodijeljena Trećem odjeljenju suda (član 27., stav 1, Pravila suda). U okviru tog Odjeljenja, Vijeće koje razmatra slučaj (član 27., stav 1., Konvencije) je sastavljeno kao što je predviđeno u pravilu 26., stav 1.

5. Sud je, dana 1. novembra 2001. godine, promijenio sastav svojih Odjeljenja (pravilo 25. stav 1.). Ovaj slučaj je dodijeljen novoformiranom Prvom odjeljenju.

6. Odlukom od 22. novembra 2001. godine Sud je proglasio predstavku prihvatljivom.

7. Podnositelj predstavke je dostavio pismeni komentar o meritumu slučaja.

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI SLUČAJA

8. Podnosilac predstavke je rođen 1981. godine u Bad Gastein-u (Austrija).

9. Otprilike u uzrastu od jedanaest ili dvanaest godina počeo je da postaje svjestan svoje seksualne orijentacije. Dok su druge dječake privlačile žene, on je shvatao da ga emotivno i seksualno privlače muškarci, naročito muškarci stariji od njega. Sa petnaest godina je bio siguran u svoju homoseksualnost.

10. Podnosilac predstavke se pismeno izjasnio da živi u ruralnom području gdje je homoseksualnost i dalje tabu tema. On pati zbog činjenice što ne može otvoreno da živi kao homoseksualac. Dok nije napunio osamnaest godina nije mogao da stupi u bilo kakav ispunjavajući

seksualni odnos sa odraslim partnerom iz straha od izlaganja te osobe krivičnom gonjenju prema članu 209. Krivičnog zakonika, (Strafgesetzbuch), zbog obaveze da svjedoči kao svjedok o najintimnijim aspektima svog privatnog života i da bude stigmatizovan od strane društva ako bi se otkrila njegova seksualna orijentacija.

II: RELEVANTNO DOMAĆE PRAVO I POZADINA

A. Krivični zakonik

11. Bilo kakve seksualne radnje sa osobama mlađima od osamnaest godina su kažnjive po članu 206. i 207. Krivičnog zakonika.

12. Član 209. Krivičnog zakonika, u važećoj verziji u vrijeme ovog slučaja, glasi: “Muška osoba koja nakon navršene 19-te godine, opšti sa osobom istog pola koja je navršila četrnaest godina ali ne i osamnaest godina, će biti osuđena na zatvor između šest mjeseci i pet godina.”

13. Ova odredba odnosi se na saglasne homoseksualne činove, kao i bilo koji seksualni čin između odraslih i osoba do 19. godina je kažnjiv po članu 212. Krivičnog zakonika ako odrasla osoba zloupotrijebi poziciju autoriteta (roditelj, poslodavac, učitelj, doktor, itd.). Bilo kakav seksualni čin koji uključuje upotrebu sile ili prijetnje se kažnjava kao silovanje, u skladu sa članom 202. Krivičnog zakonika. Saglasan heteroseksualni ili lezbejski čin između odraslih i osoba preko četrnaest godina nije kažnjiv.

14. Krivična djela prema članu 209. su redovno procesuirana, sa oko, u prosjeku, šezdeset krivičnih procedura otvorenih u godini, od kojih je trećina rezultirala osudom. Što se tiče primijenjene kazne, zatvorska kazna koja prelazi tri mjeseca je izrečena u 65 do 75% slučajeva, od kojih 15 do 25% nije izdržavalo uslovnu kaznu. Prema informacijama od strane Saveznog ministra za pravdu, u odgovoru na poslanički zahtjev, u 2001. godini tri osobe su služile zatvorsku kaznu samo na osnovu osude prema članu 209. Krivičnog zakonika a četiri osobe su zadržane u pritvoru do suđenja u procedurama isključivo u vezi sa optužbama prema članu 209.

15. Dana 10. jula 2002. godine, nakon presude Ustavnog suda od 21. juna 2002. godine (vidjeti dolje), Parlament je odlučio da ukine član 209. Krivičnog zakonika. Pored toga, uvela je član 207b Krivičnog zakonika, koji kažnjava seksualne činove sa osobama mlađima od šesnaest godina ako ta osoba iz sigurnih razloga nije dovoljno zrela da razumije značenje čina i prestupnik iskorišćava ovu nezrelost ili ako je osoba mlađa od šesnaest godina u nekoj neprilici i prestupnik koristi tu situaciju. Član 207b dalje kažnjava podsticanje osoba mlađih od 18 godina na uključivanje u seksualne aktivnosti koje se plaćaju. Član 207b se primjenjuje bez obzira na to da li su u pitanju heteroseksualni, homoseksualni ili lezbejski seksualni činovi. Ovaj gore navedeni amandman, objavljen u Official Gazette-u (Bundesgesetzblatt) br. 134/2002, je stupio na snagu 14. avgusta 2002. godine.

B. Postupci pred Ustavnim sudom

16. U presudi od 3. oktobra 1989. godine, Ustavni sud je utvrdio da je član 209. Krivičnog zakonika bio saglasan sa principima jednakosti proklamovanih ustavnim pravom i naročito sa zabranom rodne diskriminacije sadržane u njemu. Ta presuda je donijeta nakon žalbe osobe koja je naknadno iznijela svoj slučaj pred Komisijom (Z. protiv Austrije, br. 17279/90, odluka Komisije 13. maja 1992. godine, neobjavljen).

17. Relevantan pasus presude Ustavnog suda glasi: “Razvoj krivičnog zakona u posljednjih nekoliko decenija pokazuje da zakonodavac nastoji da primijeni sistem krivičnog prava na znatno restriktivniji način nego ranije s naporima koje preduzima u povezivanju svoje politike sa tretmanom prema prestupnicima, koji je postao poznat pod opštim nazivom “dekriminalizacija”. To znači da se prekršaji ostavljaju zakoniku ili se stvaraju novi prekršaji

jedino ako je takvo kažnjavanje ponašanja štetnog za društvo i dalje apsolutno neophodno i nezaobilazno nakon primjene najstrožijih kriterijuma. Krivična odredba koja je osporena uključuje grupu djela koja se smatraju nezakonitim u cilju zaštite, u mjeri koja se smatra neizbježnom, od pogrešnog razvijanja seksualnosti mlade osobe u fazi sazrijevanja. (“Homoseksualni činovi su krivična djela od važnosti za krivični zakon, budući da homoseksualni pritisak ne smije biti nametnut homoseksualnim iskustvom tokom seksualnog razvoja mladog muškarca...” Pallin in Foregger/Nowakowski (izdavači), Bečki komentar o Krivičnom zakoniku 1980, para. 1 o članu 209., ...). Ovako posmatrano, s gledišta principa jednakosti sadržanog u odjeljku 7., paragraf 1, Saveznog ustavnog zakona i odjeljku 2. Osnovnog ustavnog zakona koji propisuju krivični zakon, ova legislativa se ne može razumno osporiti zbog stava, pozivajući se na mjerodavno stručno mišljenje u kombinaciji sa stečenim iskustvom, da homoseksualni uticaj ugrožava dječake u fazi sazrijevanja u znatno većoj mjeri nego djevojčice istog uzrasta, i zaključka da je neophodno kazniti, prema krivičnom zakonu, homoseksualne činove sa mladim muškarcima, kao što je predviđeno članom 209. Krivičnog zakonika. Ova odluka je takođe zasnovana na njihovim stavovima o moralu, koje su htjeli da nametnu dok su propisno posmatrali trenutnu politiku o krivičnoj pravdi koja ima za cilj umjerenost i ograničavanje kažnjavanja krivičnih djela (uz pažljivo vaganje raznih prednosti i mana). Uzimajući sve u obzir, mi se ovdje bavimo razlikom koja se zasniva na činjeničnim razlikama i samim tim je ustavno prihvatljiva prema odjeljku 7., paragraf 1., Saveznog ustavnog zakona, u vezi sa odjeljkom 2. Osnovnog ustavnog zakona.”

18. Dana 29. novembra 2001. godine, Ustavni sud je odbacio zahtjev Regionalnog suda u Insburku da razmotri ustavnost člana 209. Krivičnog zakonika.

19. Regionalni sud je tvrdio da, između ostalog, član 209. krši članove 8. i 14. Konvencije po teoriji da muški adolescent rizikuje da bude regrutovan u homoseksualnost na kojoj se Ustavni sud oslanjao u prethodnoj presudi, obzirom da je bila opovrgnuta. Ustavni sud je utvrdio da je u pitanju bila pravosnažna presuda. On je istakao da činjenica da je već donešena odluka o istoj odredbi nije spriječila njegovo ponovno razmatranje, ako je bilo promjene u određenim okolnostima ili različitim pravnim argumentima. Međutim, Regionalni sud nije uspio da pruži detaljne razloge za svoju tvrdnju da se određeno naučno znanje promijenilo u toj mjeri da zakonodavac više nije ovlašten da postavi drugačiju starosnu granicu za saglasan homoseksualni odnos kao i za heteroseksualni ili lezbejski odnos.

20. Dana 21. juna 2002. godine, nakon ponovnog zahtjeva za razmatranje od strane Insburk Regionalnog suda, Ustavni sud je utvrdio da je član 209. Krivičnog zakonika neustavan.

21. Regionalni sud je tvrdio, kao prvo, kao što je to ranije činio, da član 209. Krivičnog zakonika krši članove 8. i 14. Konvencije i, kao drugo, da nije u skladu sa principima jednakosti prema Ustavnom zakonu i članu 8. Konvencije, obzirom da je veza između muških adolescenata između četrnaest i devetnaest godina prvo bila zakonita, ali je postala kažnjiva čim je jedan navršio devetnaest godina i ponovo postala zakonita kada je drugi navršio devetnaest godina. Ustavni sud je tvrdio da je drugi argument različit od argumenata koje je ispitao u presudi od 3. oktobra 1989. godine, i da je, samim tim, razmatran. Naveo je da se član 209. tiče samo saglasnih homoseksualnih veza između muškaraca preko devetnaest godina i adolescenata između četrnaest i osamnaest godina. U starosti od četrnaest do devetnaest godina homoseksualni činovi između osoba istog godišta (na primjer dva šesnaestogodišnjaka) ili osoba sa starosnom razlikom od jedne do pet godina nijesu kažnjivi. Međutim, čim jedan partner navršio devetnaest godina, takav čin predstavlja krivično djelo prema članu 209. Krivičnog zakonika. Oni će ponovo postati zakoniti kada mlađi partner navršio osamnaest godina. Obzirom da se član 209. ne odnosi samo na povremene odnose već na trajne veze, to dovodi do prilično apsurdnih rezultata, odnosno promjene perioda tokom kojeg je homoseksualna veza između dva partnera prvo zakonita, onda kažnjiva i nakon toga ponovo zakonita i samim tim se ne može smatrati objektivno opravdanom.

22. U proljeće 1995. godine Socijaldemokratska partija, Zelena Partija i Liberalna partija podnijele su prijedlog u Parlamentu da se ukine član 209. Krivičnog zakonika. Oni su naročito tvrdili da je zakonodavac u 1970-tim opravdao donošenje ove odredbe na osnovu teorije da su muškarci adolescenti u riziku da budu regrutovani u homoseksualnost, dok žene adolescenti nijesu. Međutim, savremena nauka je pokazala da je seksualna orijentacija uspostavljena već na početku puberteta. Štaviše, različita doba saglasnosti nijesu u skladu sa evropskim standardima. U tom pogledu pozvali su se na Preporuku 924/1981 Parlamentarne skupštine Savjeta Evrope koja se zalagala za jednak uzrast saglasnosti za heteroseksualne i homoseksualne odnose. Zaštita maloljetnika od seksualnog nasilja i zlostavljanja je dovoljno pružena drugim odredbama Krivičnog zakonika, bez obzira na njihovu seksualnu orijentaciju.

23. Nakon toga, 10. oktobra 1995. godine, pododbor Parlamentarnog Odbora za pravne odnose saslušao je dokaze jedanaest stručnjaka iz različitih oblasti kao što su medicina, seksualne nauke, prevencija AIDS-a, razvojne psihologije, psihijatrije, psihoterapije, teologije, prava i ljudskih prava. Devetoro njih je bilo jasno o ukidanju člana 209., što je bio važan argument za stručnjake iz oblasti medicine, psihologije i psihijatrije jer se smatralo da je seksualna orijentacija, u većini slučajeva, formirana, ustanovljena, prije pubertetskih godina, što demantuje teoriju da muškarci adolescenti mogu biti regrutovani u homoseksualnost od strane iskusnijih homoseksualaca. Drugi argument je bio da se ponavljanjem sankcionisanja homoseksualnih odnosa otežava prevencija AIDS-a. Dva stručnjaka su bila u korist zadržavanja člana 209.: jedan je naveo da smatra da je potrebno zaštititi muške adolescente, a drugi da, uprkos činjenici da ne postoji takva stvar kao regrutovanje u homoseksualnost, nijesu svi muški adolescenti sigurni u svoju seksualnu orijentaciju i zato je bolje da imaju više vremena da kreiraju svoj održivi identitet.

24. Dana 27. novembra 1996. godine, Parlament je održao raspravu povodom prijedloga da se član 209. Krivičnog zakonika stavi van snage. Oni poslanici koji su bili za stavljanje van snage člana 209. oslonili su se na argumente većine eksperata koji su govorili pred pododborom. Od onih poslanika koji su bili za zadržavanje pravosnažnosti člana 209., neki su jednostavno izrazili svoju saglasnost, dok su ostali naglasili da ovu odredbu i dalje smatraju neophodnom kada su u pitanju oni muški adolescenti koji nijesu sigurni u vezi svoje seksualne orijentacije. Na kraju rasprave bio je jednak broj glasova za i protiv (91 prema 91). Shodno tome, član 209. je ostao u sastavu Zakona.

25. Dana 17. jula 1998. godine, Zelena Partija je ponovo podnijela inicijativu Parlamentu da se član 209. Krivičnog zakonika stavi van snage. Raspravu koja je uslijedila pratio je isti razvoj događaja kao i prije. Zahtjev je odbijen odnosom glasova 81 prema 12.

26. Dana 10. jula 2002. godine, Parlament je odlučio da stavi van snage član 209. Krivičnog zakonika (vidjeti gore stav broj 15.).

PRAVO

I NAVODNA POVREDA ČLANA 8. SAMOSTALNO I U VEZI SA ČLANOM 14. KONVENCIJE

27. Podnosilac predstavke se žalio zbog važenja člana 209. Krivičnog zakonika kojim se kriminalizuju homoseksualni činovi odraslih muškaraca sa adolescentima uzrasta od četrnaest do osamnaest godina koji su, sa tim činom, saglasni. Oslanjajući se na član 8. Konvencije, samostalno i u vezi sa članom 14., on je tvrdio da je njegovo pravo poštovanja privatnog života bilo povrijeđeno i da je osporena odredba diskriminatorna, imajući u vidu da heteroseksualni i lezbejski odnosi između odraslih osoba iste starosti nijesu kažnjivi zakonom.

Član 8. glasi:

“1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i dopisivanja.

2. Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne bezbjednosti, javnog reda i mira, ili ekonomske dobrobiti zemlje, te zbog sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih”.

Član 14 predviđa:

“Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji obezbijediće se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost”.

28. Obzirom na prirodu žalbe, Sud smatra da je prikladno da se ispita slučaj direktno pod članom 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

29. Nije sporno da ovaj slučaj spada u domen člana 8., imajući u vidu da se tiče najintimnijeg aspekta privatnog života podnosioca predstavke (vidjeti, na primjer, presudu Dudgeon protiv UK, od 22. oktobra 1981. godine, Series A no. 45, strana 21, stav 52; presudu Smith and Grady protiv UK, no. 33985/96 i 33986/96, stav 90., ESLJP1999-VI). Dakle, član 14. važi.

30. Podnosilac predstavke je tvrdio da u Austriji, kao i u većini evropskih zemalja, heteroseksualni i lezbejski odnosi između odraslih i saglasnih adolescenata koji imaju preko četrnaest godina, nijesu kažnjivi. On je naveo da nije bilo ničega što bi ukazalo da je adolescentima potrebna bolja zaštita od dobrovoljnih homoseksualnih odnosa sa odraslima, nego od heteroseksualnih ili lezbejskih odnosa. Sve dok adolescentima nije potrebna zaštita u cjelini, član 209. Krivičnog zakonika takođe sputava homoseksualne adolescentima u njihovom razvoju, dodajući im društvenu stigmiju u odnose sa odraslim muškarcima i njihovim seksualnim orijentacijama u cjelini. U vezi sa tim, podnosilac predstavke, koji se odnosi na sudsku praksu, tvrdi da bilo kakvo miješanje u seksualnu sferu osobe i bilo kakva razlika u tretmanu na osnovu pola ili seksualne orijentacije zahtijeva posebno sadržajne razloge (vidjeti presudu Smith and Grady protiv UK, citiran u gornjem dijelu teksta, stav 94., i A.D.T protiv UK, no. 35765/97, stav 36., od 31. jula 2000. godine, neobjavljen).

31. Ovo je bilo tačnije u oblasti gdje je Evropski konsenzus postojao radi smanjenja uzrasta seksualne saglasnosti za homoseksualne odnose. Uprkos činjenici da je Evropski konsenzus rastao još od uvođenja njegove predstavke, država do nedavno nije uspjela da istupi sa valjanim obrazloženjem zbog čega je više podržavala različit uzrast seksualne saglasnosti za homoseksualne odnose nego za heteroseksualne i lezbejske odnose. Konkretno, podnosilac predstavke je istakao da je u aprilu 1997. godine, septembru i decembru 1998. godine pa ponovo u julu 2001. godine Evropski parlament zatražio od Austrije da ukine član 209. Slično tome, Komitet za ljudska prava, koji prati Međunarodni pakt građanskih i političkih prava, utvrdio je da je član 209. bio diskriminatoran. Parlamentarna skupština Savjeta Evrope je 2000. godine izdala dvije preporuke, tražeći jednak uzrast seksualne saglasnosti za heteroseksualne, lezbejske i homoseksualne odnose, i brojne države članice Savjeta Evrope su nedavno uvele jednak uzrast seksualne saglasnosti.

32. Dalje, podnosilac predstavke je istakao da je Komisija, u slučaju Sutherland (Sutherland protiv UK, br. 25186/94, izvještaj Komisije od 1. jula 1997. godine, neobjavljen) odstupila od svoje ranije sudske prakse na koju se država pozivala. Po njegovom mišljenju, razlika između sadašnje pretpostavke i slučaja Sutherland nije odlučujuća, jer se činjenica, prema kojoj je po zakonu na snazi UK u određeno vrijeme partner adolescent kažnjiv, odnosi samo na Komisiju kao pomoćni argument. U odnosu na drugi argument Države da se član 209. i dalje smatra neophodnim za zaštitu muškaraca adolescenata, podnosilac predstavke je tvrdio da se velika većina naučnika, čije su dokaze čuli u parlamentu 1995. godine, ne slaže sa ovim stavom.

33. Država je skrenula pažnju na nedavnu izmjenu Krivičnog zakonika. Ona je tvrdila da podnosilac predstavke, koji je uvijek tvrdio da su ga privlačili muškarci stariji od njega, nema

nikakav rizik da bude kažnjen za bilo koji homoseksualni odnos, prema novonastalom odjeljku 207b. Krivičnog zakonika. Država je stoga izjavila da je njena pozicija ostala nepromijenjena i da čuva svoje ranije podneske.

34. Država se pozvala na presudu Ustavnog suda od 3. oktobra 1989. godine, i na sudsku praksu Komisije (uporediti sa Z. protiv Austrije, no 172790/90, odluka Komisije od 13. maja 1992. godine, neobjavljena, i, H.F. protiv Austrije, no. 22646/93, odluka Komisije od 26. juna 1995. godine, neobjavljena), ističući da Komisija nije utvrdila nikakve naznake o povredi samo člana 8. ili u vezi sa članom 14. Konvencije u vezi sa članom 209. Krivičnog zakonika Austrije. Što se tiče gore pomenutog slučaja Sutherland protiv UK, Država je istakla da postoji značajna razlika, a to je da na osnovu člana 209. Krivičnog zakonika Austrije adolescent koji je učestvovao u napadu nije bio kažnjiv. Dodatno, ona se pozvala na činjenicu da je 1995. godine Parlament Austrije saslušao brojne stručnjake i da su zajedno intenzivno razmatrali član 209. s ciljem da ga ukinu, ali su odlučili da ga zadrže, jer se odredba još uvijek smatrala potrebnom, u smislu člana 8, stav 2. Konvencije za zaštitu adolescenata muškaraca.

35. Sud na početku primjećuje da je, nakon presude Ustavnog suda od 21. juna 2002. godine, član 209. Krivičnog zakonika ukinut. Ovaj amandman je stupio na snagu 14. avgusta 2002. godine. Međutim, ova promjena ne utiče na status podnosioca predstavke kao žrtve u smislu člana 34. Konvencije. U vezi sa ovim, Sud ponavlja da odluka ili mjera u korist podnosioca predstavke u principu nije dovoljna da ga liši statusa žrtve osim ako su nacionalne vlasti to potvrdile, izričito ili u suštini, a nakon toga dale naknadu za kršenje Konvencije (vidjeti, na primjer, Dalban protiv Rumunije ((GC), no. 28114/95, stav 44., ESLJP 1999-VI). U odluci o prihvatljivosti od 22. novembra 2001. godine u ovom slučaju, Sud je prihvatio to da je podnosilac predstavke, koji je uvijek tvrdio da su ga privlačili muškarci stariji od njega, prema članu 209. Krivičnog zakonika bio spriječen da stupi u bilo kakav seksualni odnos koji odgovara njegovoj dispoziciji. Shodno tome, utvrđeno je da je bio direktno pogođen održavanjem na snagu člana 209. sve dok nije navršio osamnaest godina. Imajući u vidu trenutnu situaciju, Sud smatra da odluka Ustavnog suda, koja se zasniva na drugačijim osnovama od onih u trenutnoj situaciji, nije priznala, a kamoli dala naknadu za navodno kršenje Konvencije. Čak se ni ne može reći da je "stvar riješena" u smislu člana 37., stav 1 (b) Konvencije. Ovaj slučaj se razlikuje od slučaja Sutherland, skinutog sa liste Suda na zahtjev stranaka, koje su postigle dogovor nakon promjene u domaćem zakonu (Sutherland protiv UK ((GC), no. 25186/94, od 27. marta 2001. godine, neobjavljen).

36. Prema utvrđenoj praksi Suda, razlika u tretmanu je diskriminatorska za svrhe člana 14., ako "ne postoji objektivno i razumno opravdanje", to jest, ako se ne teži "legitimnom cilju" ili ne postoji "razuman odnos u srazmjernosti između primijenjenih sredstava i ciljeva koji se trebaju ostvariti". Štaviše, države ugovornice uživaju izvjesno polje slobodne procjene u ocjenjivanju da li i u kojoj mjeri razlike u inače sličnim situacijama opravdavaju različit tretman (vidjeti presudu Karlheinz Schmidt protiv Njemačke, od 18. jula 1994. godine, Series A no. 291B, strane 32–33, stav 24; Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije, no. 33290/96, stav 29, ESLJP 1999-IX i Fretté protiv Francuske, no. 36515/97, stavovi 34. i 40., ECHR 2002-I).

37. Podnosilac predstavke se žalio na razliku u tretmanu na osnovu njegove seksualne orijentacije. U vezi s ovim, Sud ponavlja da je seksualna orijentacija koncept koji se nalazi pod članom 14 (vidjeti gore citiran slučaj Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije, stav 28.). Baš kao i razlike na osnovu pola, (vidjeti presudu Karlheinz Schmidt protiv Njemačke, ibid. i Petrovic protiv Austrije od 27. marta 1998. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1998-II, strana 587, stav 37.), razlike na osnovu seksualne orijentacije zahtijevaju posebno ozbiljan razlog za opravdanje (vidjeti gore citiran slučaj Smith and Grady protiv UK, stav 90.).

38. Država je tvrdila da je osporena odredba služila da zaštiti seksualni razvoj adolescenata muškaraca. Sud prihvata da je cilj zaštite prava drugih u stvari legitiman. Ostaje da se utvrdi da li postojalo opravdanje za razliku u tretmanu.

39. Sud primjećuje da u prethodnim slučajevima na koje se država pozivala, a koji su se odnosili na član 209. Krivičnog zakonika Austrije, Komisija nije utvrdila da je došlo do kršenja samo člana 8. Konvencije ili u vezi sa članom 14. Međutim, Sud je često smatrao da je Konvencija živi instrument, koji mora da se tumači u svjetlu današnjih uslova (vidjeti, na primjer, gore pomenuti slučaj *Fretté protiv Francuske*, *ibid.*). U slučaju *Sutherland*, imajući u vidu nedavna istraživanja prema kojim se seksualna orijentacija utvrđivala prije puberteta i kod dječaka i kod djevojčica, kao i činjenicu da je većina država članica Savjeta Evrope priznala jednak uzrast seksualne saglasnosti, Komisija je izričito navela da je bilo “prikladno da se preispita ranija sudska praksa u svjetlu ovih modernih zbivanja” (*Sutherland protiv UK*, Izvještaj Komisije, citiran u gornjem dijelu teksta, stavovi 59. i 60.). Došlo se do zaključka da je u odsustvu bilo kakvog objektivnog i razumnog opravdanja održavanje višeg uzrasta seksualne saglasnosti za homoseksualne nego za heteroseksualne činove prekršilo član 14. zajedno sa članom 8 Konvencije (*ibid.*, stav 66.).

40. Osim toga, Sud smatra da razlika između slučaja *Sutherland* i ovog, da partner adolescent koji je učestvovao u propisanim homoseksualnim činovima nije kažnjiv, nije odlučujuća. Ovaj element je samo sekundarni faktor u izvještaju Komisije (*ibid.*, stav 64.).

41. Ono što je odlučujuće je to da li je objektivno i razumno opravdanje zašto je mladim ljudima od četrnaest do osamnaest godina bila potrebna zaštita od seksualnih odnosa sa odraslim muškarcima, dok mladim ženama istih godina nije bila potrebna takva zaštita od odnosa sa starijim muškarcima ili ženama. U vezi sa ovim, Sud ponavlja da će se obim polja slobodne procjene koji je ostavljen državama ugovornicama, razlikovati od okolnosti, slučaja i njegove istorije; u tom smislu jedan od relevantnih faktora može biti postojanje ili nepostojanje zajedničke osnove između zakona država ugovornica (vidjeti, na primjer, *Petrovic protiv Austrije*, citiran u gornjem dijelu teksta, stav 38., i slučaj *Fretté protiv Francuske*, citiran u gornjem dijelu teksta, stav 40.).

42. U ovom slučaju podnosilac predstavke je istakao, a to nije osporila Država, da je postojao sve veći evropski konsenzus u vezi primjene jednakog uzrasta seksualne saglasnosti za heteroseksualne, za lezbejske i za homoseksualne odnose. Slično tome, Komisija je uočila u gore pomenutom slučaju *Sutherland* da “jednakost pri postupanju na osnovu uzrasta seksualne saglasnosti je sada priznata od velike većine država članica Savjeta Evrope” (*ibid.*, stav 59.).

43. Država se pozvala na odluku Ustavnog suda od 3. oktobra 1989. godine, u kojoj je član 209. Krivičnog zakonika smatran neophodnim da bi se izbjeglo “da opasan pritisak . . . homoseksualnim iskustvima bude nametnut mladim muškaracima tokom njihovog seksualnog razvoja”. Međutim, ovaj pristup je proglašen zastarjelim na parlamentarnoj debati o mogućem ukidanju te odredbe iz 1995. godine. Kako je podnosilac predstavke s pravom naveo, velika većina stručnjaka koji su govorili u Parlamentu su jasno iznijeli svoj stav u korist jednakog uzrasta seksualne saglasnosti, naročito zaključujući da je u najvećem broju slučajeva seksualna orijentacija utvrđena prije samog perioda puberteta, te je teorija o tome da su muški adolescenti “regrutovani” u homoseksualni svijet time opovrgnuta. Bez obzira na poznavanje ovih promjena u naučnom pristupu ovom pitanju, Parlament je, novembra 1996. godine odlučio da član 209. zadrži u stavu Zakona.

44. U mjeri u kojoj je u članu 209. Krivičnog zakonika oličena predodređena pristrasnost na strani heteroseksualne većine protiv homoseksualne manjine, ove negativne stavove Sud ne bio smio smatrati dovoljnim da bi se opravdalo različito postupanje, ništa više od negativnih stavova prema onima koji su različite rase, porijekla ili boje kože (v. *Smith and Grady protiv UK*, citirano gore, stav broj 97.).

45. U zaključku, Sud konstatuje da Država nije ponudila dovoljno ubjedljive ili valjane razloge da bi opravdala zbog čega je član 209. Krivičnog zakonika i dalje na snazi.

46. Shodno tome, došlo je do povrede člana 14. Konvencije u vezi sa članom 8.

47. Uzimajući u obzir prethodna razmatranja, Sud ne smatra neophodnim da sudi o tome da li je došlo samo do povrede člana 8. Konvencije.

48. Član 41. Konvencije predviđa: “Kada Sud utvrdi prekršaj Konvencije ili protokola uz nju, a unutrašnje pravo Visoke strane ugovornice u pitanju omogućava samo djelimičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj stranci.”

A. Šteta

49. Podnosilac predstavke je tražio ukupan iznos od 1 miliona austrijskih šilinga (ATS), što je ekvivalentno iznosu od 72,672, 83 eura (EUR) na ime naknade za nematerijalnu štetu. Tvrdio je da je bio ometan u svom seksualnom razvoju. On je ponovio da posebnu privlačnost osjeća prema muškarcima koji su stariji od njega, ali da član 209. Krivičnog zakonika svaki saglasan seksualni odnos sa muškarcima koji imaju preko 19 godina smatra krivičnim djelom. Pored toga, član 209. vrši ukupnu stigmatizaciju njegove seksualne orijentacije predstavljajući je kao nemoralnu i zaslužnu prezira. Tako je podnosilac predstavke bio pod stresom i doživljavao poniženja tokom čitavog perioda adolescencije.

50. Država nije iznijela nikakav komentar.

51. Sud primjećuje da je, u velikom broju slučajeva koji se tiču održavanja na snazi propisa kojima se kažnjavaju homoseksualni činovi između odraslih osoba koje su za to saglasne, sama činjenica utvrđivanja povrede dovoljno pravično zadovoljenje za bilo koju pretrijenu nematerijalnu štetu (vidjeti presudu Dudgeon protiv UK (pravično zadovoljenje) od 24. februara 1983. godine, Serija A Br. 59, strane 7 - 8, stav 14.; presudu Norris protiv Irske od 26. oktobra 1988. godine, Serija A Br. 142, strane 21 - 22, stav 50., i presudu Modinos protiv Kipra, od 22 aprila 1993. godine, Serija A Br. 259, strana 12, stav 30.).

52. Bez obzira na to, Sud primjećuje da su presude u gore navedenim slučajevima donijete u periodu prije dvadeset ili prije deset godina. Sud smatra da je primjereno da se dodijeli pravično zadovoljenje za nematerijalnu štetu u slučajevima kao što je ovaj, i pored toga što je član 209. Krivičnog zakonika nedavno stavljen van snage, te da je podnosilac predstavke time uspio djelimično da ostvari cilj njegove predstavke. U stvari, Sud pridaje značaj činjenici da je podnosilac predstavke bio spriječen u stupanju u željeni odnos, sve dok nije napunio osamnaest godina. Procjenjujući na pravičnoj osnovi, Sud dodjeljuje podnosiocu predstavke iznos od 5, 000 eura (EUR).

B. Sudski i ostali troškovi

53. Podnosioc predstavke je na ime sudskih i ostalih troškova tražio ukupan iznos od 30,305,34 eura (EUR) na ime vođenja postupka u Strazburu.

54. Država nije iznijela nikakav komentar.

55. Sud konstatuje da su traženi iznosi veliki. Procjenjujući na pravičnoj osnovi, Sud dodjeljuje na ime sudskih i ostalih troškova iznos od 5, 000 eura (EUR).

C. Zatezna kamata

Sud smatra za potrebno da se zatezna kamata bazira na marginalnoj kamatnoj stopi Evropske centralne banke za kredite, uvećanoj za tri procentna poena.

IZ TIH RAZLOGA, SUD:

1. Odlučuje, jednoglasno, da je došlo do povrede člana 14. Konvencije u vezi sa članom 8.
2. Odlučuje, jednoglasno, da nema potrebe da se odvojeno odlučuje o žalbama podnizetim na osnovu člana 8. Konvencije.

3. Odlučuje,

(a) sa četiri glasa prema dva, da je tužena Država dužna da, u roku od tri mjeseca od datuma kada je presuda postala pravosnažna na osnovu člana 44., stav 2., Konvencije, podnositeljki predstavke isplati iznos od EUR 5.000 (pet hiljada eura) na ime pretrpljene nematerijalne štete;

(b) jednoglasno, da je tužena Država dužna da, u roku od tri mjeseca od datuma kada je presuda postala pravosnažna na osnovu člana 44., stav 2., Konvencije, podnositeljki predstavke isplati iznos od EUR 5.000 (pet hiljada eura) na ime sudskih i ostalih troškova;

(c) jednoglasno, da je od isteka pomenutog roka od tri mjeseca pa do isplate, na pomenuti iznos naplativa prosta kamata po stopi koja je jednaka marginalnoj stopi na kredite Evropske centralne banke, uvećanoj za tri procentna poena;

(d) Odbacuje, jednoglasno, ostatak zahtjeva podnosioca predstavke za pravično zadovoljenje.

Sačinjeno na engleskom jeziku i dostavljeno u pisanoj formi dana 9. januara 2003. godine, u skladu sa pravilom 77. stavovi 2. i 3. Poslovnika Suda.

Søren NIELSEN
Sekretar odjeljenja

Christos ROZAKIS
Predsjednik

U skladu sa članom 45., stav 2., Konvencije i pravilom 74, stav 2. Poslovnika Suda, u prilogu ove presude dato je sljedeće izdvojeno mišljenje:

(a) djelimično izdvojeno mišljenje gđe Vajić, uz pridruženo mišljenje gđe Botoucharov-e i g. Kovler-a.

C. R.
S. N.

DJELIMIČNO IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE VAJIĆ, UZ PRIDRUŽENO MIŠLJENJE SUDIJE BOTOCHAROVA I SUDIJE KOVLERA

U ovom slučaju ne dijelim mišljenje većine u vezi sa nadoknadom koja treba da se isplati podnosiocu predstavke na ime nematerijalne štete po članu 41. Konvencije. Uzimajući u obzir činjenice iz ovog slučaja ne vidim nikakav razlog za odstupanje od utvrđene sudske prakse u vezi sa održavanjem na snazi propisa kojima se kažnjavaju homoseksualni činovi između odraslih osoba (vidjeti presudu Dudgeon protiv UK (pravično zadovoljenje) od 24. februara 1983. godine, Serije A Br. 59, strane 7 - 8, stav 14; presudu Norris protiv Irske, od 26. oktobra 1988. godine, Serije A Br. 142, strane 21 - 22, stav 50., i presudu Modinos protiv Kipra, od 22 aprila 1993. godine, Serije A Br. 259, strana 12, stav 30.), po kojoj se naknada za nematerijalnu štetu do sada dodijeljivala. Ovo se još više potvrđuje time da je Austrija dobrovoljno preuzela korake za prilagođavanje situacije, mijenjajući upravo dotični zakon (tj. njen Krivični zakonik, vidjeti gore stav broj 15. ove presude), i na taj način usaglasila svoju sudsku praksu sa zahtjevima Konvencije. Obzirom na ovakvo stanje stvari i na samu prirodu utvrđene povrede, mišljenja sam da u odnosu na zahtjev podnosioca predstavke za nadoknadu nematerijalne štete, ova presuda sama po sebi predstavlja adekvatno pravično zadovoljenje u smislu člana 41.